

Cuerpos colonizados: la violencia sexual como estrategia
de guerra en Colombia

Cuerpos colonizados: la violencia sexual como estrategia de guerra en Colombia

Dubán Rincón Angarita



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Fundada en 1951



Esta publicación surge como un producto académico del proyecto de investigación *"Impacto de la ampliación del catálogo de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado colombiano"* código 324.

El contenido de esta obra no compromete el pensamiento institucional de la Universidad La Gran Colombia, corresponde al derecho de expresión del autor. Todos los derechos reservados. Puede reproducirse libremente para fines no comerciales.

Universidad La Gran Colombia.

Dubán Rincón Angarita

Cuerpos colonizados: la violencia sexual como estrategia de guerra en Colombia
Universidad La Gran Colombia.

Universidad La Gran Colombia. Dirección de Investigaciones. Departamento de Comunicaciones,
Mercadeo y Publicaciones – Editorial Universitaria, 2018.

p. 119

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: (e) 978-958-8510-76-7

1. Colombia 2. Derecho 3. Conflicto armado 4. Violencia sexual 5. Guerra

CDU. 340

Reservados todos los derechos
© Universidad La Gran Colombia

Primera edición: Armenia, Q.
Abril de 2018.
ISBN (e): 978-958-8510-76-7

Editorial: Universidad La Gran Colombia
Dirección de Investigaciones
Editor: Camilo Augusto Torres Duque
Grupo de Investigación: Derecho Estado y
Ciudadanía
Revisión de estilo: Juan Manuel Peña
Castaño.
Diseño de carátula: Carolina Aguilar L.
Diagramación: Ana María Mosquera
Impresión: Optigraf
Imagen portada: *El rapto de las sabinas* de
Nicolás Poussin. 1638. Museo de Louvre,
París, Francia.

Universidad La Gran Colombia
Dirección de Investigaciones
produccionbibliografica@ugca.edu.co
Carrera 14 # 7 – 46.
Teléfono: 7460400
<http://www.ugca.edu.co>
Armenia, Quindío.

Autoridades Universitarias

Dr. José Galat Noumer
Presidente

Bogotá

Dr. Santiago José Castro Agudelo.
Rector General

Dr. Rodrigo Lupercio Riaño Pineda.
Vicerrector Académico

Dra. María Del Pilar Galat Chediak.
Vicerrectora Administrativa y Financiera

Dr. Marco Tulio Calderón Peñaloza.
Secretario General

Armenia

Dr. Camilo Augusto Torres Duque.
Rector Delegatario

Dra. Bibiana Vélez Medina.
Vicerrectora Académica

Dr. Jorge Alberto Quintero Pinilla.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Dra. Paula Andrea Cañaveral Londoño.
Secretaría General

Dra. María Angélica Ortiz Salazar.
Directora de Investigaciones

Dedicatoria

Abuelita adorada, me revelaste el sublime misterio de las primeras letras. Que la dedicatoria de esta pequeña obra sea al menos un pálido reflejo de cuánto te amo.

Contenido

Presentación	13
Capítulo primero	
Los derechos de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado desde el paradigma de la Justicia Restaurativa.....	17
Evolución del lugar de la víctima en el Derecho penal	17
De la justicia retributiva al paradigma de la justicia restaurativa.....	20
El concepto de violencia en la Ley 1719 de 2014.....	24
Hacia una definición de la violencia sexual.....	26
Breve contexto de la violencia sexual en el conflicto armado en Colombia.....	28
La violencia sexual como criminalidad común y como criminalidad en el conflicto armado interno.....	32
Las finalidades de la violencia sexual en el contexto del conflicto.....	33
Capítulo segundo	
Los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario constitutivos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado en Colombia.....	37
El bien jurídico protegido.....	39
El carácter calificado del sujeto pasivo.....	40
El elemento modal de la conducta.....	42
El elemento normativo “violencia”.....	42
Los tipos penales creados en virtud de la Ley 1719 de 2014.....	43
Los tipos penales anteriores a la Ley 1719 de 2014.....	50

Capítulo tercero

Las hipótesis de la investigación judicial respecto de los delitos constitutivos de violencia sexual en el marco del conflicto armado.....	55
El contexto y las circunstancias en que ocurrieron los hechos, y los patrones de comisión de la conducta punible.....	57
El carácter sistemático o generalizado del ataque y el conocimiento de dicho carácter por parte del agente....	60
La pertenencia del agente a un aparato organizado de poder que actúe de manera criminal y la ejecución de la conducta en desarrollo de una política de grupo organizado.....	66

Capítulo cuarto

Los derechos de las víctimas en el recaudo, práctica y valoración probatoria en materia de violencia sexual en el contexto del conflicto armado.....	69
La preservación de la igualdad, la no discriminación y la intimidad de las víctimas en la práctica probatoria...	70
El derecho a no ser confrontadas con el agresor.....	73
El derecho a no ser sometidas a pruebas repetitivas....	75
El derecho a la intimidad de las víctimas en el marco de la actividad probatoria.....	76
El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos.....	77
El derecho a la asesoría, acompañamiento y asistencia	78
El derecho al enfoque diferencial respecto de la prueba testimonial.....	79
Las reglas probatorias del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014.....	80
Las reglas probatorias del artículo 19 de la Ley 1719 de 2014.....	82
La victimización secundaria y las disposiciones probatorias respecto de las víctimas de violencia sexual	85

Capítulo quinto

Innovaciones en el incidente de reparación integral a favor de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado.....	89
En cuanto a la legitimación por activa.....	95
En cuanto al saneamiento de las pretensiones.....	97
En cuanto a la limitación de las facultades conciliatorias de la víctima.....	99
En cuanto a la concesión de facultades <i>extra</i> y <i>ultra</i> petita al juez de conocimiento.....	100
En cuanto al término de caducidad.....	102
En cuanto al deber de diligencia del fiscal y el representante judicial de las víctimas.....	102
Conclusiones.....	105
Referencias bibliográficas.....	110

Presentación

Este libro es resultado del proyecto de investigación denominado “Impacto de la ampliación del catálogo de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado colombiano”, que desarrollé como docente investigador de la Universidad La Gran Colombia – Seccional Armenia– y que pretendía, en esencia, evidenciar la violencia sexual como uno de los flagelos estructurales del conflicto armado en Colombia, y cuyo análisis jurídico vino a cobrar enorme importancia a partir de la expedición de la Ley 1719 de 2014, que actualizó el ordenamiento con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

En suma, la tesis que se pretende defender es que el catálogo de derechos de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto se ha visto ampliado, y que esa expansión se debe a la entronización del paradigma de la justicia restaurativa, que en oposición a la justicia retributiva –cuya finalidad prevalente es el castigo del ofensor–, vuelve la mirada a los intereses y garantías de las víctimas, que en tanto componente de la relación procesal en materia penal, ostentan derechos fundamentales ineludibles en la actuación.

Al efecto, el plan de la obra comienza por situar el contexto de intensificación de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el conflicto armado a partir del mencionado paradigma restaurativo, desde los instrumentos internacionales que conforman bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional y los desarrollos normativos. Es desde este plano que puede analizarse con mayor propiedad el impacto de la

expansión del catálogo de derechos de las víctimas, a partir de esferas jurídicas concretas, esbozadas en los restantes capítulos del escrito, que pretenden reflejar los cambios más relevantes en materia de esta forma de violencia.

El segundo capítulo del texto se detiene en los tipos penales constitutivos de violencia sexual como crímenes de guerra –y eventualmente como crímenes de lesa humanidad–, estudiando su dogmática y el hecho de ser en sí mismos expresión del ya citado paradigma de la justicia restaurativa, pues con la consagración de dichas conductas como delictivas, se apalanca la participación de la víctima en los escenarios procesales y la posibilidad de la declaratoria de responsabilidad penal por parte de los jueces competentes, inclusive los de los organismos internacionales (Rincón, 2016).

El tercer capítulo aborda las hipótesis de la investigación judicial en materia de violencia sexual en el conflicto armado, realzando sus relaciones con la noción de crimen de lesa humanidad y garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral, destacando la importancia de la tarea investigativa llevada a cabo por la Fiscalía General de la Nación, pues la hipótesis es la pieza clave inicial que conduce a la efectiva sanción de los responsables y el cumplimiento de los derechos del ofendido en el proceso penal, siendo igualmente expresión de la expansión del catálogo de los derechos del ofendido.

Posteriormente, el cuarto capítulo enfrenta las varianzas del ordenamiento en materia probatoria, en sus fases de recaudo, práctica y valoración, y siempre respecto de las conductas de violencia sexual como crimen contra el Derecho Internacional Humanitario, analizando de contera las vinculaciones entre la actividad demostrativa en cualquiera de sus fases –recaudo, práctica y valoración– y los derechos fundamentales de las víctimas, sobre todo el debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva, y para efectos de los procesos judiciales sobre violencia sexual en el contexto del conflicto, especialmente el derecho a la intimidad, la privacidad, la igualdad y la no discriminación.

Finalmente, el capítulo quinto contempla las variaciones en materia del ejercicio del incidente de reparación integral, en tanto instrumento prevalente de reparación integral, pues es de anotar que en lo relativo a las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto, el trámite incidental posee notas distintivas que son, a su vez, expresión del paradigma de la justicia restaurativa.

Por supuesto que esta breve obra no pretende agotar el tema de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto, sino simplemente evidenciar los contenidos más relevantes de análisis jurídico de dicho fenómeno, desde el crisol del paradigma de la justicia restaurativa.

El autor.

Armenia, mayo de 2017.

Capítulo primero. Los derechos de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado desde el paradigma de la Justicia Restaurativa

La tarea que se aborda en este primer capítulo es la contextualización del lugar de la víctima para el Derecho penal respecto del fenómeno de la violencia sexual en el marco del conflicto armado en Colombia, como presupuesto necesario para comprender las varianzas surgidas en el ordenamiento jurídico colombiano respecto de esta forma de victimización. Para tal fin, se comenzará con la presentación del esquema histórico de participación de la víctima en el proceso penal, para afirmar la vigencia de la justicia restaurativa en la sistemática jurídica colombiana.

A renglón seguido, se ofrecerá el intento de algunas definiciones capitales en este libro: el concepto normativo de la violencia y de la especie de relevancia a este efecto, esto es, la violencia sexual. Por último, se describirá el contexto de la violencia sexual en Colombia y las finalidades de los actores armados con dicha conducta, y se presentará la dinámica de los derechos de las víctimas de violencia sexual.

Evolución del lugar de la víctima en el Derecho penal

El grado de consideración de los intereses de la víctima en el Derecho penal ha mudado a lo largo de la historia. En síntesis, se han referido tres estadios para apreciar dicha evolución:

- La “Edad de oro” de la víctima, que se desenvuelve a partir de la Antigüedad, y hasta los albores de la Modernidad: en

esta época histórica, se reconoce una gran autonomía a la víctima, sobre todo en materia de composición del conflicto, dado el reconocimiento de amplias potestades tendientes a la obtención de indemnización por los daños sufridos con la conducta delictiva, con la correlativa neutralidad por parte del aparato de organización política, y por esa razón se habla de *autocomposición* del conflicto causado con el delito (Maier, 1992). Ello se debe, en esencia, a que no se había afianzado la concepción del crimen como eminente lesión del interés público, sino que prevalecía el entendimiento del hecho como lesión al interés del ofendido. Al decir de Julio Sampedro Arrubla (2010),

En tiempos pretéritos se otorgó a las víctimas del delito un papel principal en el proceso penal, que incluso se llegó a dejar en sus manos la facultad para administrar justicia y la determinación de las consecuencias penales por la comisión del delito (p. 28).

- La etapa histórica de “olvido” de la víctima: esta época tiene asiento en el surgimiento del Estado moderno. Con el advenimiento de esta forma de organización jurídico-política, se asumió el delito como la lesión de los intereses más relevantes para la vida en sociedad, y por tanto, de lesión al interés público. Así, paulatinamente se despoja a la víctima de las facultades de autocomposición que otrora ostentó, y se institucionaliza normativamente la definición de lo que ha de entenderse por conducta delictiva, y las reglas procesales pertinentes para el ejercicio de la acción penal.

De forma que se sucede un movimiento que transita desde la *autocomposición* hacia la *heterocomposición*, es decir, que la resolución del conflicto social causado con el delito se transfiere al poder de los jueces, apartando a la víctima de la participación en la solución (Cuarezma Terám, 1996), pudiendo referirse en consecuencia, un “secular y deliberado abandono” de la víctima, que fue “drásticamente neutralizada por el sistema legal moderno” (García-Pablos de Molina, 1999: 130), que arrebató y desposeyó a la víctima de su propio conflicto (Christie, 1992).

En sus formas más ortodoxas, este paradigma de olvido de la víctima termina reduciendo al ofendido a un papel de simple proveedor de pruebas materiales o testimoniales para corroborar

y apoyar la acusación, ya para entonces radicada en un órgano del Estado. Puede decirse que “se cimentó una “tradición” desvalorizante de la víctima” (Kronawetter, 2003: 445). Algunas posiciones llegan incluso a denostar la presencia de la víctima en el diligenciamiento. Verbigracia, para Jorge Frank (1986),

este elemento –la víctima, se aclara–, tradicionalmente tiende a dilatar los términos, estorbar el procedimiento, obstruir los incidentes de excarcelación para prolongar la detención del acusado, pura y exclusivamente imbuido por un espíritu de vindicta personal, disfrazando su real interés extorsivo de percibir una suma de dinero a los fines de desistir de la querrela (p. 116).

- El “redescubrimiento” de la víctima: en un esquema muy apretado, puede decirse que hacia la década de los setenta del Siglo XX, el modelo de la heterocomposición pura comienza a acusar crisis, en lo que influye decisivamente el cuestionamiento sobre los fines y funciones de la pena. Todo el aparato penal del Estado funciona con la finalidad de imponer una sanción penal y, sin embargo, el cumplimiento de las finalidades, ya sean la retribución, la prevención o la resocialización son indemostrables empíricamente. Se tiene así que

Durante la euforia de la resocialización, en los años sesenta y comienzos de los setenta, la atención estaba fijada, exclusivamente, en el autor, mientras que ahora, se dirige la mirada al ofendido de un modo no menos comprometido. Se anuncia el redescubrimiento de la víctima del delito (Hirsch, 1992: 55).

En este estado de cosas, se había relegado a la víctima a la función de mero espectador y proveedor de elementos de juicio (Hirsch, 1992, García-Pablos de Molina, 1999), y se estimaba, en suma, que el papel de la víctima era a todas luces insuficiente (Eser, 1992).

Es entonces cuando se vuelve la mirada a los intereses de la víctima, planteándose que ha de tener un papel protagónico en el Derecho penal, especialmente porque se asume que la relación en materia penal, y especialmente la relación procesal-penal, debe imbricar no solamente al Estado y al ofensor, sino

que debe entenderse a la manera de una triada, que incluya, por supuesto, a la víctima (Solé Riera, 1997), y que centre sus objetivos en la reparación del daño, mayores facultades de intervención procesal, derechos y garantías reconocidos a favor de las víctimas independientemente de su intervención formal en el proceso (Bovino, 1992).

Este redescubrimiento de la víctima fue impulsado por la llamada “nueva” victimología, que surge en los años ochenta del siglo pasado, como una superación del paradigma retributivo y del estudio del delincuente. Tradicionalmente, el objeto de estudio de la victimología se desprendía de la criminología, y analizaba aquellas situaciones en las que la víctima había tenido participación en el hecho, en ocasiones con tal entidad, que conducía a la exoneración de responsabilidad penal del agente, y es esta visión reduccionista de la víctima la que se supera. Para Daniel Leza Betz (2003),

surge, en la década de los ochenta, la llamada “nueva” victimología. Sus postulados, en oposición a los de la victimodogmática, persiguen consolidar la sensibilización y preocupación por las necesidades y derechos de las víctimas, sin contraponer sus derechos frente a los del supuesto delincuente (p. 158).

Se estableció que el grado de consideración de los intereses de la víctima en la relación penal ha variado de tiempo en tiempo, de acuerdo con las más diversas consideraciones de índole jurídico-política. Es lugar entonces para establecer cómo el último estadio analizado, el *redescubrimiento* de la víctima, demarcó la implementación del paradigma restaurativo en la justicia penal.

De la justicia retributiva al paradigma de la justicia restaurativa

El movimiento de redescubrimiento de la víctima significó una expansión en las finalidades de la relación penal, pues el fin del proceso dejó de ser la mera imposición de la sanción, para complementarlo con las finalidades de realización de los derechos de las víctimas. De acuerdo con Elena Larrauri (1992), “En su aspecto material, el fin de protección de bienes jurídicos

parecía basarse exclusivamente en el castigo del delincuente en vez de en la reparación del mal causado a la víctima” (p. 283). Es lo que se conoce como el tránsito del paradigma de la justicia retributiva al paradigma de la justicia restaurativa.

Ya Jeremías Bentham, citado por Garófalo (1905), destacaba la necesidad de proteger los intereses de las víctimas, más allá de la mera imposición de la sanción al infractor:

En lo que a las penas toca, no se ha temido el exceso. En lo que a la satisfacción se refiere, se ha cuidado poco del déficit. La pena, mal que, llevado más allá de lo necesario, es puramente nocivo, se prodiga con largueza. La satisfacción, que se transforma totalmente en un bien, no se concede sino con gran parsimonia (p. 74).

Dicho tránsito se ha expresado desde el Derecho penal sustancial, a partir diversos aspectos que no son objeto de este escrito, pero sin que puedan dejar de mencionarse rubros como la creación de nuevos tipos penales, el aumento de circunstancias agravantes dependiendo de las condiciones de las víctimas, la restricción de beneficios penales atendiendo al daño causado a la víctima, entre otras figuras.

Igualmente, las modificaciones han sido notorias en materia procesal penal, sobre todo mediante el aumento de las posibilidades de intervención de la víctima en el proceso penal, el fomento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, el diseño del incidente de reparación integral, entre otras circunstancias, que demuestran el interés normativo en la consideración de los intereses de la víctima, todo ello a partir de la aserción de que la víctima ostenta derechos fundamentales en la actuación penal.

En el desarrollo de estos lineamientos, gran papel ha desempeñado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin que sea lugar para desarrollar la línea jurisprudencial sobre el punto, es oportuno destacar que la refundación del entendimiento de la participación de la víctima en el proceso penal tuvo lugar con la Sentencia C-228 de 2002, con ponencia de los Magistrados Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett, ya que este fallo significó un giro jurisprudencial radical, pues se estimó que debía hacerse una consideración amplia

de los derechos de las víctimas asentada en las garantías que les asisten de ser tratadas con dignidad, a tomar parte en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva. En este sentido, la providencia reconoce que los intereses de la víctima trascienden la mera reparación económica, pues además de ello tienen derecho a conocer la verdad de lo ocurrido y a que se haga justicia en el caso concreto (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228 de 2002).

De la misma época es la Sentencia C-805 de 2002, con ponencia de los Magistrados Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Lynett, en la que se ratifica la concepción amplia de los derechos de las víctimas, y considera que las mismas se encuentran en igualdad de condiciones que la persona procesada, y por tanto no puede catalogarse como simple interviniente, consolidando de esta forma la sub regla jurisprudencial iniciada en la Sentencia C-228 de 2002 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-805 de 2002).

Como se ha acotado, el delito no es solamente la lesión de un interés esencial para la armónica convivencia humana, sino que debe considerarse, correlativamente, que es una entidad lesiva a los intereses del ofendido. En el contexto del ordenamiento jurídico colombiano, estos derechos se han elevado a la categoría de fundamentales, y son esencialmente:

- El derecho a la verdad: tradicionalmente se ha empleado esta noción en los casos de graves violaciones a los Derechos Humanos, toda vez que el estado de incertidumbre de las víctimas respecto de quiénes fueron los autores de la violación o el paradero de sus seres queridos se estima como gravemente lesivo. Además de ello, el derecho a la verdad trasciende la esfera de intereses de la víctima, y se transfiere a la sociedad en su conjunto, convirtiéndose en un derecho colectivo a conocer la verdad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 22 de febrero de 2002, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Sentencia de 27 de febrero de 2002).

- Este derecho también guarda relación con las posibilidades de la víctima de ser oída y de interponer recursos. En opinión de Gaviria Londoño (2011),

La obligatoria y prevalente norma que consagra el derecho a conocer la verdad contrasta con aquellas en las cuales, al no permitir a la víctima interponer ciertos recursos, ser oídas o aportar y participar en la práctica de pruebas, se termina obstaculizando la posibilidad de conocer la verdad (p. 137).

- El derecho a la justicia: tiene que ver esencialmente con la imposición efectiva de las sanciones a los responsables de las violaciones de derechos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1989, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989, Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso de La Masacre de Mapiripán vs. Colombia, 2005, Sentencia de 15 de septiembre de 2005).
- El derecho a la reparación integral: la finalidad esencial de esta garantía es la restitución al *statu quo ante*, en la medida de lo humanamente posible, y ello se vincula, por supuesto, al restablecimiento de la paz rota con el acontecer delictivo. Además, se resalta nuevamente el carácter del paradigma de la justicia restaurativa con esta necesidad de retrotraer el estado anterior de cosas a la infracción. El primer presupuesto en materia de victimología es el reconocimiento de la víctima como un ser humano que sufre por la causación del perjuicio, en especial en los casos de delitos violentos, que “dejan a la víctima en tal situación emocional que es incapaz de afrontarla con sus recursos psicológicos habituales” (Echeburúa et al., 2002: 139).

Debe tenerse en cuenta asimismo la Resolución 40/83 de la Organización de las Naciones Unidas (1985), en donde se consagra que los delincuentes deben resarcir equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o a las personas a su cargo. Esa compensación comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos (artículo 8). Igualmente, prevé que cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes,

los Estados procurarán reparar financieramente a las víctimas o a sus familiares (artículo 12).

Resulta ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando afirma que el desagravio debe ser adecuado a la gravedad de las violaciones, tomando la reparación como un concepto amplio, que incluya investigaciones y enjuiciamientos independientes y eficaces, y otras medidas como la compensación económica, la rehabilitación física y psicológica y la garantía de satisfacción (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003). Igualmente, ha afirmado que la reparación involucra el daño inmaterial, que comprende el sufrimiento y la aflicción, y el menoscabo de valores significativos sin un contenido pecuniario (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bayarri vs. Argentina, 2008, Sentencia de 30 de octubre de 2008).

En suma, comienza a bosquejarse el sistema penal como un espacio de desvictimación en sí mismo, y que además contribuya a la realización de los derechos fundamentales de las víctimas, integrando a la víctima en la relación penal, con derechos y garantías paralelos a los de la persona procesada.

Decantado entonces que la tendencia en el diseño de los sistemas procesales penales tiene en cuenta los intereses de las víctimas –que es precisamente lo que acontece en Colombia, al menos desde el diseño normativo y las aportaciones de la jurisprudencia de la Corte Constitucional–, es momento para adentrarse en el tema de la violencia sexual en el contexto de la confrontación armada, pero para ello se hace necesario realizar un intento de definición de dos nociones de textura sumamente abierta, pero de indubitable importancia en este libro: el de *violencia*, y el de *violencia sexual*, como sigue.

El concepto de violencia en la Ley 1719 de 2014

Es tan amplio el debate que ha generado el concepto mismo de la violencia, que sería imposible abordarlo en este escrito. Pese a ello, puede decirse que existen ciertos elementos definitorios de la violencia, aunque la dificultad radique especialmente en la expresión de la violencia en los diversos contextos –familiar, de

pareja, laboral, de género, sexual, entre otros-. Por ejemplo, de acuerdo con Jean-Marie Domenach (1981), “llamaré violencia al uso de una fuerza, abierta u oculta, con el fin de obtener de un individuo, o de un grupo, algo que no quiere consentir libremente” (p. 36). Surgen aquí como elementos constitutivos el empleo de la fuerza, y el deseo de obtención de algo en lo que el sujeto pasivo no conviene libremente.

Puede acudir también a lo referido por la Organización Mundial de la Salud (2002), que define la violencia como

el uso deliberado de la fuerza física o del poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona, o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones (p. 5).

En este concepto se acentúan como elementos constitutivos, además de los mencionados, los efectos negativos en la psique o la salud de la víctima.

Otros conceptos han relevado como componente esencial el carácter asimétrico de la relación violenta: “el ejercicio de la violencia supone una situación de asimetría, donde el violentado es ubicado como un no –sujeto; inerme, pasivo e indefenso, lo que aumenta e intensifica el círculo violento” (González Oddera y Delucca, 2011: 172).

Para otros autores, se hace indispensable diferenciar la aplicación de la fuerza legítima, del ejercicio de la fuerza en una relación violenta: “la fuerza es algo siempre de lamentar, pero, en algunas circunstancias, es permisible. La palabra fuerza no lleva implícito un juicio condenatorio como la palabra violencia; la violencia es mala por definición” (Blair Trujillo, 2009: 20).

No obstante, la divergencia de las definiciones ofrecidas, que seguramente se fundan en la textura abierta de la noción, la Ley 1719 de 2014 propone un concepto de violencia. Aunque es cierto que la técnica legislativa aconseja evitar las definiciones, en este caso es necesario dado que la noción de violencia aparece como ingrediente normativo de muchos de los tipos penales relativos a la violencia sexual, como se analizará en el segundo capítulo de este libro. Así, establece el artículo 11 de la Ley 1719

de 2014, que adicionó el artículo 212 A al Código Penal:

Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento (Congreso de la República de Colombia, Ley 1719 de 2014, artículo 11).

De la definición en cita aparecen los siguientes elementos de relevancia para la comprensión del fenómeno:

- Los sujetos: un sujeto activo de la violencia y un sujeto que soporta la violencia.
- La fuerza como elemento esencial de la violencia, ya sea fuerza física o psicológica, o la mera amenaza de empleo de la fuerza en contra del sujeto pasivo.
- El constreñimiento como forma de anulación de la voluntad del sujeto pasivo, esto es, que se le impide dar su libre consentimiento.
- Un listado no taxativo de fenómenos que son constitutivos de violencia: el temor a la violencia, la intimidación, la detención ilegal, la opresión psicológica, el abuso de poder, la utilización de entornos de coacción y otras circunstancias similares.

Si bien no se trata de –ni pretende serlo– una definición exhaustiva del fenómeno violento, la norma ofrece una noción operativa, que como se indicó, tanta relevancia tiene en el principio de legalidad y de estricta tipicidad. Teniendo como presupuesto esta aproximación al concepto de violencia, puede intentarse ahora definir una de sus especies, la violencia sexual.

Hacia una definición de la violencia sexual

La violencia sexual puede ser entendida como

...el sexo bajo coacción de cualquier tipo incluyendo el uso de fuerza física, las tentativas de obtener sexo bajo coacción, la

agresión mediante órganos sexuales, el acoso sexual incluyendo la humillación sexual, el matrimonio o cohabitación forzados incluyendo el matrimonio de menores, la prostitución forzada y comercialización de mujeres, el aborto forzado, la denegación del derecho de hacer uso de la anticoncepción o adoptar medidas de protección contra enfermedades, y los actos de violencia que afecten la integridad sexual de las mujeres tales como la mutilación genital femenina y las inspecciones para comprobar la virginidad (Organización Mundial de la Salud, 2002: 21).

Al punto, cabe atender a lo expresado en la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, que la define como

una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre (Organización de las Naciones Unidas, 1993).

Se comparte la afirmación de Pinzón Paz (2009), cuando afirma que “en la actualidad, tanto la violencia sexual como la violencia de género superan la condición de ser mujer, convirtiéndose ambas en estrategias para la discriminación y la denigración humana, independientemente del sexo o género de la víctima” (p. 354).

Así las cosas, teniendo en cuenta los elementos contenidos en la definición de violencia del artículo 11 de la Ley 1719 de 2014 y las prácticas que se han citado en este apartado, puede hacerse una aproximación a la violencia sexual afirmando que se trata del fenómeno que se presenta cuando un sujeto, mediante el empleo de la fuerza física o psicológica, o la amenaza en el uso de la fuerza, constriñe a un sujeto pasivo, y contra la voluntad de este último, se genera afectación en la esfera sexual del individuo.

Breve contexto de la violencia sexual en el conflicto armado en Colombia

El análisis del conflicto armado en Colombia no solamente tiene el inconveniente de su profusa historia, sino que sus aristas de estudio en un momento determinado son tan variadas, que se hace indispensable restringir el objeto a investigar. En este sentido, se analizará el fenómeno de la violencia sexual en el marco del conflicto armado, a la luz de los instrumentos normativos en torno a la materia.

Históricamente, ha sido una constante la consideración de la fuerza como forma de dominación. La guerra y el conflicto han demarcado el devenir de la humanidad, dejando a su paso una estela de sufrimiento, y para el caso que ocupa este trabajo, una permanente vulneración de las garantías con que cuentan los asociados para la preservación de la pacífica convivencia.

Ahora bien, el ejercicio de la violencia en el marco de los conflictos armados adquiere condiciones dramáticas cuando toma el cariz de violencia sexual, pues en dichos eventos se asiste a una flagrante y sistemática conculcación de garantías, partiendo de la dignidad humana misma, vulnerándose asimismo la libertad, integridad y formación sexuales y un conjunto de derechos tales, que se amerita un necesario interés por parte de la ciencia jurídica frente a esta problemática.

Ha de tenerse en cuenta que la violencia sexual preexiste al conflicto armado; no obstante, la situación de confrontación hace que se exacerben las formas estructurales de violencia ya presentes en la sociedad. Tradicionalmente, la violencia sexual tiene como víctima a la mujer. Las causas sociológicas de este fenómeno son múltiples y escapan a la pretensión de este trabajo, pero no puede dejar de mencionarse la incidencia del machismo y la cultura patriarcal como uno de los factores que fundamentan la génesis del fenómeno, a lo que ha de sumarse la crisis institucional que se aúna en situaciones de conflicto armado, que entre otras cosas conlleva al desinterés del Estado en la persecución de esta criminalidad. Para Carolina Morales Arias (2012), “[...] la violencia sexual es un delito que se inscribe en una cultura patriarcal que hace de las mujeres objetos de uso y abuso, condición que se exagera en los conflictos armados” (p. 1).

Como acaba de afirmarse, usualmente la víctima de la violencia sexual es la mujer, y con base en los estereotipos de género, se resta envergadura a estas formas violentas. Así,

La invisibilización de la violencia contra las mujeres, especialmente la sexual, acompañada de la idea de que esto no es un delito, sino algo natural, que les sucede a las mujeres por el hecho de serlo, hace que sea muy difícil conocer la magnitud de la violencia sexual (Wilches, 2010: 88).

Esto significa que la violencia sexual guarda íntimas relaciones con la violencia de género. Para comprender esta aseveración, se parte de la noción de sexo, como “las diferencias biológicas entre seres humanos, específicamente a los órganos sexuales y reproductivos, los cuales son físicos y congénitos. Así, al hablar de sexo, se alude a los aspectos físicos, biológicos y anatómicos que diferencian un macho de una hembra” (Pinzón, 2009: 356).

A su turno, el concepto de género se edifica en torno a “una construcción social que modela nuestra identidad desde los tempranos procesos de socialización; se trata, por tanto, de una categoría sociocultural. Esta construcción se apoya en la dimensión física, el sexo, clasificando las personas en función de sus órganos sexuales” (Gerard Coll-Planas et al., 2008: 189).

Así, las diferencias sexuales entre el hombre y la mujer se constituyen en una de las bases en la construcción del género como producto cultural, de asignación de funciones a uno u otro sexo, en dependencia del contexto social de que se trate. En palabras de Marta Lamas (2000), “La nueva acepción de género se refiere al conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres” (p. 3).

Como se indicó líneas atrás, en el medio patrio, los esquemas de género perpetúan modelos patriarcales de dominación en contra de la mujer (Morales Arias, 2012), y frente a la necesidad de sensibilización y sanción de estas manifestaciones violentas en razón del género, es que han visto la luz instrumentos normativos como la Ley 1257 de 2008, o la Ley 1719 de 2014, que se estudia en esta obra.

Naturalmente, la principal víctima de la violencia sexual y de la violencia de género es la mujer. Con todo, cuando se analiza el contexto normativo vigente a partir de la Ley 1719 de 2014, ha de tenerse en cuenta que la violencia sexual en el contexto del conflicto armado, aunque tiene como víctima principal a la mujer, no excluye a otros sujetos pasivos, especialmente los niños, niñas y adolescentes, a las personas con identidades de género no hegemónicas, y también a los hombres.

Sea cual fuere el sujeto pasivo de esta manifestación violenta, lo primero que debe sustentarse si se quiere aproximar al sufrimiento de la víctima de la violencia sexual, es la afirmación de la sexualidad como componente personalísimo del ser humano. La afectación de esta faceta tan privada es la base del perjuicio de la víctima, y que a su vez se relaciona con temas tan variados sobre la percepción social, cultural y política de la vida sexual, e inclusive las creencias, tabúes y preferencias de las personas.

En el proceso de visibilización de las víctimas de violencia sexual es de relevancia la labor de recuperación de la víctima, a fin de evidenciar las consecuencias a nivel psicoafectivo, entre las que destacan:

- La afectación en la vida sexual de la víctima, dificultando o imposibilitando el goce de la sexualidad plena.
- Los temores frente a la real o imaginaria estigmatización por parte de nuevas parejas.
- Los constantes sentimientos de baja autoestima, culpabilidad y vergüenza.
- Pérdida de la confianza frente a otras personas (Morales Arias, 2012).
- El temor al rechazo social.
- El temor a las represalias por parte del victimario, cuestión que se agudiza de manera especial cuando se trata de violencia sexual en el marco del conflicto armado, pues este temor rara vez es infundado.

- La extensión del perjuicio a las personas allegadas a la víctima, ya que de antaño se tiene establecido que no solamente es víctima quien sufre el perjuicio directo sino que, a su vez, el perjuicio tiene un efecto de rebote en los allegados de la víctima directa, que son a su vez víctimas del perjuicio, que en todo caso “...supone una quiebra en el sentimiento de seguridad de una persona y, de rebote, en el entorno familiar cercano. Más allá del sufrimiento de la víctima directa, queda alterada toda la estructura familiar” (Echeburúa et al., 2002: 139).

El análisis victimológico del conflicto armado en Colombia establece que existen ciertos grupos poblacionales especialmente vulnerables a la violencia sexual. Entre ellos cabe destacar a las mujeres campesinas, afrodescendientes e indígenas, pues se trata de poblaciones generalmente con bajos niveles de escolaridad, bajos ingresos económicos, y en contra quienes se ejerce con mayor fuerza un clima de discriminación hacia la mujer, y además, “estos factores se combinan con actitudes históricas relacionadas a la esclavitud y a la discriminación racial” (ABColumbia et al., 2013:1).

Es con la finalidad de enfrentar esta violación de los derechos humanos que se refuerzan los contenidos de los derechos de las víctimas de la violencia sexual, y por ello la Ley 1719 de 2014 desarrolla los lineamientos constitucionales y de los instrumentos internacionales sobre la materia. Frente a este último tipo de instrumentos, en el contexto colombiano deben tenerse en cuenta:

- La Convención de Belém do Pará;
- La Convención Americana Sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador);
- La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw);
- La Declaración de Viena sobre la eliminación de la violencia contra la mujer;

- Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la protección de las mujeres frente a la violencia y la discriminación en los conflictos armados, como las Resoluciones 1325 de 2000 y 1820 de 2008.

La Resolución 1325 de 2000 reviste suma importancia cuando se analiza el ámbito de protección de regulaciones como la Ley 1719 de 2014, toda vez que en dicha resolución se consagra la posibilidad de que la violencia sexual pueda llegar a la categoría de crimen de lesa humanidad, y por esa razón en el instrumento se “exige que todas las partes en conflictos armados pongan fin sin dilación y por completo a todos los actos de violencia sexual contra civiles, con efecto inmediato” (Organización de las Naciones Unidas, 2000, Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas).

- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Sobre las implicaciones del Estatuto sobre el tema de este escrito, se ha considerado que

para el desarrollo y consolidación del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, el Estatuto de Roma es fundamental por cuanto es el primer instrumento jurídico internacional que considera como crímenes de guerra y de lesa humanidad los actos de violencia sexual o de género (María Clara Galvis, 2009: 32).

La violencia sexual como criminalidad común y como criminalidad en el conflicto armado interno

Sea lo primero destacar que en el ordenamiento jurídico-penal colombiano se cuenta con dos aristas de análisis de la violencia sexual: a) la violencia sexual como forma de criminalidad común, atentatoria especialmente del bien jurídico de los *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*, y b) la violencia sexual como criminalidad propia del conflicto armado interno, evento en el que el bien jurídico especialmente considerado es el de los *Delitos contra bienes y personas protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*.

Dogmáticamente, se facilita la distinción entre estas figuras mediante el empleo de dos componentes del tipo penal objetivo: el sujeto pasivo calificado, y el elemento descriptivo de modo, alusivo a la comisión *con ocasión y en desarrollo de conflicto armado interno*, que se analizarán a espacio en el capítulo segundo de esta obra. Por lo pronto, la distinción es importante porque permite diferenciar las finalidades de la violencia sexual en el contexto del conflicto, de la violencia sexual como criminalidad común.

Las finalidades de la violencia sexual en el contexto del conflicto

Grosso modo, puede decirse que el fenómeno de la violencia sexual, cuando se ejerce en el conflicto armado conduce a la realización de dos principales finalidades: i) el propósito de satisfacción libidinosa del agente como un fin en sí mismo considerado, ii) las diversas formas en que la violencia sexual sirve a objetos diversos de la mera satisfacción libidinosa del agente. Esta segunda orilla del análisis requiere de una revisión más a espacio.

La confrontación armada no es la única manera de doblegar la voluntad de quien se considera enemigo; y en la vorágine de la guerra, la violencia sexual ha sido empleada como instrumento para el logro de diversos cometidos. Se ha sostenido sobre este particular que

[...] la violencia sexual es una práctica generalizada en el conflicto armado colombiano, usada de manera sistemática por todas las partes: guerrilleros, paramilitares y miembros del Ejército y de la Policía Nacional, que la utilizan como estrategia de guerra, como forma de tortura o de castigo combinada con prácticas de mutilación contra mujeres acusadas de simpatizar contra el enemigo, como mecanismo para humillar al enemigo o junto con modalidades de esclavitud (Galvis, 2009: 12).

En el mismo sentido, para Wilches (2010) “Los actores armados utilizan la violencia sexual contra las mujeres de manera intencionada y normalmente con un propósito dentro de los fines de la guerra” (p. 87).

También la violencia sexual ha sido empleada como medio para el desplazamiento forzado: la degradación del conflicto colombiano tiene como uno de sus funestos resultados el desplazamiento forzado, y en este sentido, la violencia sexual ha sido empleada como herramienta para lograr dicho fin. De acuerdo con Céspedes-Báez (2010),

las dificultades que enfrentan las mujeres, especialmente en tiempos de conflicto armado, para acceder a la tierra y a la propiedad, pueden también ser estudiados a la luz de la violencia sexual encaminada hacia el despojo. Aunque no todos los eventos de expropiación ilegal de los inmuebles pasan por este tipo de violencia, los testimonios recogidos en la última década dan cuenta de que en ciertos contextos ésa es la herramienta utilizada para producir el desplazamiento y consiguiente abandono de los inmuebles (p. 276).

En cuanto al tema específico de la violencia sexual en el marco del conflicto armado, suele creerse que en las hostilidades se suceden hechos que revisten una mayor importancia, como por ejemplo los problemas anejos a la restitución de tierras, las operaciones militares o los luctuosos hechos de masacre. Es por ello que opera una tendencia a la invisibilización de este tipo de víctimas, que sin embargo siguen siendo, a la vez, víctimas del mismo conflicto armado, a lo que ha de sumarse el drama que apareja la violencia sexual. Morales Arias (2012) plantea el siguiente ejemplo de lo que se está refiriendo:

cuando además de la violencia sexual ocurre el desplazamiento forzado, se suele dar prioridad al segundo, dado que afecta a toda la familia en distintas dimensiones y se deja a un lado el tema de la violencia sexual por considerarse una experiencia privada y de la cual solo la víctima tiene que hacerse cargo (p. 4).

En un conflicto armado tan profundo y complejo como el colombiano, los diversos actores armados han tomado parte en la violencia sexual, aunque generalmente con diversas finalidades, pero en todo caso se trata de “un crimen perpetrado por todos los actores armados y que es una práctica habitual, extensa, sistemática e invisible” (ABColumbia et al., 2013: 1).

Por ejemplo, los grupos paramilitares generalmente perpetraron la violencia sexual como forma de imponer control social y territorial sobre la actividad de la víctima. Asimismo, este

tipo de organizaciones fomentan la práctica de la prostitución forzada de mujeres en empresas controladas por paramilitares (ABColumbia et al., 2013).

Respecto de las agrupaciones paramilitares, existe una cuestión atinente al reconocimiento de los derechos de las víctimas. Téngase en cuenta que en el periodo 2003–2006 se dio el proceso de desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), y sin embargo, ello no dio fin a la existencia de grupos paramilitares en Colombia, que han recibido el mote de bandas criminales (BACRIM), pero como formas de criminalidad organizada, no como actores armados. Ha de enfatizarse que

Muchas organizaciones nacionales e internacionales reconocen a estos grupos como una continuación de las AUC, sin embargo, el Gobierno de Colombia se refiere a ellos como Bandas Criminales (BACRIM). Esta clasificación representa un obstáculo para las víctimas de las BACRIM a la verdad, la justicia y la reparación, ya que se reconocen como víctimas de bandas criminales (crimen organizado), en lugar de víctimas del conflicto interno (ABColumbia et al., 2013: 5).

A su turno, la práctica generalizada en el seno de las FARC tiene que ver con el aborto forzado y la anticoncepción forzada, además de emplear la violencia sexual en relación con el reclutamiento forzado, sobre todo de menores de edad. Se ha sostenido que

Según el grupo de Atención Humanitaria al Desmovilizado del Ministerio de Defensa, entre 2012 y 2013, 43 de 244 mujeres desmovilizadas informaron que habían sido obligadas a tener abortos. La guerrilla también utiliza la violencia sexual en el reclutamiento forzado de niñas para combatientes, con el fin de prestar servicios sexuales, y como “pago” para proteger a otros miembros de su familia (ABColumbia et al., 2013: 1).

Ello sin contar con que la violencia sexual en el contexto del conflicto puede ser ejercida –y de hecho lo es– por parte de las fuerzas armadas. El estudio de esta clase de sujeto activo es llamativo ya que, paradójicamente, el cometido de las fuerzas militares es la garantía de los derechos humanos y la conservación de la paz y el orden. De allí que la víctima de esta forma de criminalidad se vea doblemente afectada, por la violencia del ataque sexual, y por la desconfianza hacia las fuerzas del Estado, cuyos agentes la victimizan de manera directa.

Con todo,

El Ministerio de Defensa afirma que la violencia sexual por parte de las fuerzas de seguridad no es una práctica generalizada. Sin embargo, los análisis sobre la violencia sexual cometida por todos los actores armados efectuados por la Defensoría del Pueblo de Cartagena, la Corte Constitucional y la CPI concluyen que la violencia sexual relacionada con el conflicto es una práctica sistemática y generalizada (ABC Colombia et al., 2013: 2).

De forma que

el aumento de la presencia militar no se traduce necesariamente en seguridad. Observan que, en muchas áreas, una mayor presencia militar viene acompañada de un aumento en las violaciones, especialmente aquellas que afectan a mujeres, como la prostitución de las niñas indígenas y las mujeres, los embarazos no deseados, las enfermedades de transmisión sexual y la violencia sexual (ABC Colombia et al., 2013: 5).

Los estudios sobre el tema indican que existen ciertos motivos pertinaces en la sistematicidad de la violencia sexual en el marco del conflicto armado. Así, se han identificado cuatro factores principales como germen del fenómeno: a) como arma para lesionar al enemigo y lograr control territorial; b) como medio para obtener objetivos diferentes a la violencia sexual en sí misma, como el desplazamiento forzado; c) la prestación de servicios sexuales a los actores del conflicto; d) el fomento de pautas de control social impuestas por los actores armados en un determinado territorio (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006).

Así las cosas, ha quedado establecido que la dinámica de la violencia sexual en el conflicto armado colombiano obedece no solamente a la satisfacción de intereses libidinosos, sino a la realización de finalidades propias de la confrontación, lo que ostenta enorme importancia en la diferenciación entre el ataque sexual como criminalidad común (Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales), y la violencia sexual como crimen de guerra (y eventualmente como crimen de lesa humanidad), en los que el bien jurídico afectado es el de los Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. La dogmática particular de estas formas delictivas se analizará en el capítulo siguiente.

Capítulo segundo. Los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario constitutivos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado en Colombia

Como ha tenido oportunidad de reseñarse, el contexto del bloque de constitucionalidad y la propia Carta demandan una acción efectiva del Estado en orden a la proscripción y efectivo castigo de la violencia sexual en el marco del conflicto armado. En tal dirección, una de las primeras tareas normativas es la definición de las conductas merecedoras de reproche penal, atendiendo al cumplimiento de los principios de legalidad, estricta tipicidad y taxatividad (Velásquez Velásquez, 1996, Sanz, 2014, Roxin, 1997).

Es por ende necesario detenerse en el subgrupo normativo más fácilmente diferenciable de la Ley 1719 de 2014: aquel que adiciona el Código Penal colombiano mediante la creación de nuevos tipos penales que se suman a la sistemática del Título II del referido Código, que consagra los Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Estas figuras delictivas pueden analizarse desde perspectivas diversas. En esta obra, el marco de estudio se delimita a partir de los elementos diferenciadores entre la violencia sexual como criminalidad común y como criminalidad propia del conflicto armado, es decir, constitutiva de criminalidad que atenta contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Así las cosas, en el contexto de esta obra se propone que los elementos diferenciadores son, como mínimo:

- i) Los bienes jurídicos que se tutelan en uno u otro caso, pues cuando se trata de violencia sexual como criminalidad común, el bien jurídico tutelado será el de la libertad, integridad y formación sexuales. Pero en el caso de la violencia sexual en el marco del conflicto armado, además de este bien jurídico, se tutela a las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.
- ii) El carácter calificado del sujeto pasivo que, como se verá, debe corresponderse con una persona protegida conforme las prescripciones del Derecho Internacional Humanitario.
- iii) El ingrediente modal de la conducta, esto es, la inclusión en el tipo de la realización de la conducta “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”.
- iv) El ingrediente normativo “violencia” que se emplea en numerosos tipos penales previstos en la Ley 1719 de 2014, para significar el empleo de la fuerza, o la amenaza de su empleo, conforme se analizó en el capítulo primero de este libro.

Esta selección de elementos diferenciadores atiende a la delimitación del tema, y excluye el estudio de diversas problemáticas adicionales, como la proporcionalidad de las sanciones previstas en los tipos penales, o la claridad en los ámbitos de aplicación de cada uno de los tipos, por consignar solamente un par de interesantes ejemplos.

Con todo, lo que se quiere resaltar en el estudio de las normas, son los aspectos que permiten diferenciar la violencia sexual como criminalidad común y como criminalidad propia del conflicto armado.

En esta obra se defiende la tesis de que la creación de estos tipos penales obedece a la consideración de los intereses de las víctimas del conflicto armado, en el campo específico de la violencia sexual, y que son, por tanto, definiciones normativas

constitutivas de un primer paso en la garantía del paradigma de la justicia restaurativa, pues permiten una mayor visibilización del fenómeno y la posibilidad de adelantar las correspondientes investigaciones penales, aparte de que denotan el cumplimiento de los instrumentos internacionales que obligan a los Estados a la adaptación de su legislación, para actualizarla a la prevención y sanción de la violencia sexual en la confrontación armada.

El bien jurídico protegido

A efectos de este escrito se entiende que el bien jurídico es un interés merecedor de protección por parte del legislador, porque de dicho interés se desprenden relaciones sociales que son consideradas como valiosas para el ordenamiento (el respeto a la vida humana, a la propiedad, etc.). De acuerdo con José Hurtado Pozo (2011), “La expresión “bien jurídico” designa un concepto operativo que permite referir que existen cosas, situaciones, relaciones, finalidades valiosas, presentes o futuras (aspiraciones), que el ordenamiento jurídico busca proteger” (p. 13).

En materia penal, la importancia del bien jurídico crece, puesto que la decisión del legislador de prohijar solamente algunos de ellos mediante las vías punitivas, implica que ha realizado una evaluación previa que permite considerar a ese bien jurídico, en desmedro de otros, como esencial para la armónica convivencia humana. Ello dado que el legislador no puede proteger por la vía penal todas las relaciones en comunidad, pues con ello desconoce el carácter de *ultima ratio* que debe ostentar el Derecho penal, y olvidaría el carácter fragmentario que define a la tutela de carácter punitivo.

No puede dejar de anotarse que la noción de bien jurídico no puede analizarse de manera aislada, sino con principios de íntima ligadura, como los referidos de carácter fragmentario y *ultima ratio*. Son tales principios los que en últimas definirán qué bienes serán de indispensable consideración por parte del legislador penal en la descripción posterior de las conductas incriminadas con una sanción penal. Surge de allí una relación adicional entre la noción de bien jurídico y el principio de legalidad, porque el interés defendido por el legislador no puede

ser de carácter tan difuso que impida la consignación cierta, estricta y expresa de la conducta reprimida por el creador de la norma.

En esta discusión en torno al bien jurídico tutelado por la norma, debe tenerse en cuenta que los delitos creados en virtud de la Ley 1719 de 2014 son pluriofensivos. De una parte, por las restricciones de carácter temporal y modal en que se producen (con ocasión y en desarrollo del conflicto armado), y, de otra parte, por el carácter de persona protegida que ostenta el sujeto pasivo del ilícito, estos delitos atacan contra el bien jurídico de las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Pero asimismo, se afecta directamente la libertad, integridad y formación sexuales de la víctima. Lo que acontece es que sistemáticamente no se ubican en este último bien jurídico, porque la razón de ser de su disvalor específico tiene que ver con el desarrollo de las hostilidades, cuando se decide atacar alevemente a las personas protegidas en ejercicio de la confrontación. En todo caso, no puede perderse de vista este carácter pluriofensivo, pues como se ha advertido, esta calidad permite diferenciar entre la violencia sexual como criminalidad común, de una parte, y como crimen de guerra o de lesa humanidad, según sea el caso.

El carácter calificado del sujeto pasivo

En los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario se tiene como sujeto pasivo la persona protegida. En tal dirección, y teniendo en cuenta el principio de estricta tipicidad, el mismo Estatuto de las penas se encarga de enmarcar este sujeto pasivo, a partir de la definición ofrecida en el parágrafo del artículo 135 de la Ley 599 de 2000:

Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.

3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse (Congreso de la República de Colombia, Ley 599 de 2000, artículo 135).

Pues bien, estas personas, aparte de hallarse protegidas por las normas pertinentes, reciben una lesión en su esfera de la libertad, integridad y formación sexuales. Para Velásquez Velásquez (1997),

como la acción del hombre recae sobre otros hombres o entes, dotados o no de personería jurídica, que sufren la amenaza o lesión de sus intereses, se torna indispensable estudiar el sujeto pasivo, esto es, el titular del bien jurídico protegido en cada caso concreto y que puede resultar o no perjudicado con la conducta del sujeto activo (p. 382–383).

En estos eventos se trata entonces, necesariamente de personas naturales, que tienen la calidad de personas protegidas conforme los dictados del Derecho Internacional Humanitario, y se predica que reúnen en consecuencia una condición, exigida por el propio ordenamiento para la configuración del respectivo tipo penal. Para el autor en cita, “al igual que con el sujeto activo, a veces los tipos penales exigen ciertas calidades en el sujeto pasivo” (Velásquez Velásquez, 1997, p. 383), que es lo que acontece respecto de los tipos penales creados en virtud de la Ley 1719 de 2014.

El elemento modal de la conducta

La siguiente característica de relevancia en materia de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario es la consagración de un elemento de modo, que consiste en que la propia norma determina que estos punibles solamente pueden ser cometidos con ocasión y en desarrollo de conflicto armado interno. Con ello se pone de relieve la segunda diferencia esencial respecto de la violencia sexual como criminalidad común, pues esta tiene usualmente como finalidad la satisfacción de un interés libidinoso, y de allí que, como se advirtió, el bien jurídico protegido de forma prevalente sea la Libertad, integridad y formación sexuales.

Por el contrario, aunque la violencia sexual en el contexto del conflicto armado pueda también llevar ínsito el propósito de satisfacción libidinoso, lo cierto es que en el marco del conflicto armado interno en Colombia, la violencia sexual ha servido al cumplimiento de diversas finalidades, que permiten realizar un estudio más estructural de esta forma de violencia, y que fueron analizados a espacio en el capítulo primero de este libro, en donde quedó decantado que la violencia sexual en el conflicto colombiano no es solamente una conducta “de consumo” de los actores armados, pues sirve a diversas intenciones propias conflicto, las ya anotadas de control territorial, la imposición de pautas de comportamiento, el castigo por un determinado acto, como medio para lograr el desplazamiento forzado, entre otros cometidos.

El elemento normativo “violencia”

En lo que respecta a los tipos penales constitutivos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado, la expresión “violencia” no existe con independencia del contenido normativo, que es la característica que permite definir los ingredientes normativos (Roxin, 1997), pues como tuvo oportunidad de apreciarse, el mismo legislador decidió definir la violencia para efecto de la aplicación de estos tipos penales. Si, de acuerdo con Fontán Balestra (1998), los elementos normativos que aparecen en el tipo, “contienen un juicio de valor o dan los elementos para formar ese juicio” (p. 243), y remiten, usualmente, a otras

disposiciones del ordenamiento, evidentemente la violencia en estas figuras típicas constituye un ingrediente normativo.

El carácter violento de la conducta hace parte de la estructura típica de varios de los tipos penales constitutivos de violencia sexual en el conflicto. En este caso, el legislador se enfrenta a un dilema: en acatamiento del principio de tipicidad estricta, es problemático dejar sin definición el concepto de violencia, pues se trata de una noción con textura amplia, en el que pueden tener cabida las más diversas manifestaciones. De otra parte, si se define el ingrediente de forma cerrada, se corre el riesgo de que sucedan en la esfera fáctica conductas que no se adapten al contenido normativo, pero que más allá del lenguaje estrictamente jurídico signifiquen violencia.

En materia jurídica, seguramente se trata de un obstáculo insalvable, pues cualquier término puede tener diversos contextos, y siempre se requerirá de la asignación de contenido del término normativo por parte del intérprete. Así, la opción por la que se ha decantado el legislador, es la de definir la violencia, pero al mismo tiempo permitiendo que fenómenos similares o análogos a los descritos puedan tener cabida en la asignación de responsabilidades en casos concretos, como se desprende del concepto normativo de violencia que ofrece el artículo 11 de la Ley 1719 de 2014, que igualmente fue analizada en el primer capítulo de este libro.

Los tipos penales creados en virtud de la Ley 1719 de 2014

- ***Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce (14) años.*** Establece el Artículo 138 A del Código Penal:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, acceda carnalmente a persona protegida menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este caso, la redacción del tipo se basa en la estructura del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14)

años, previsto en el artículo 208 del Código Penal. Difieren en su ubicación capitular, ya que la última norma encuentra puesto sistemático en los Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, al tiempo que el artículo 138 A se halla en el título dedicado a los Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Además de ello, esta norma contiene los aludidos componentes de sujeto pasivo calificado (persona protegida, en este caso, menor de catorce años), y el elemento modal de la conducta (que el delito se realice con ocasión y en desarrollo de conflicto armado interno).

- ***Actos sexuales con persona protegida menor de catorce (14) años.*** Establece el Artículo 139 A del Código Penal:

El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona protegida menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al igual que en el caso anterior, la estructura del tipo se basa en la del delito de Actos sexuales con menor de catorce (14) años previsto en el artículo 209 del Código Penal, al que se añaden los componentes ya analizados de sujeto pasivo calificado y elemento modal de la conducta.

- ***Prostitución forzada en persona protegida.*** Indica el artículo 141 del Código Penal:

El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este caso, el uso de la fuerza que impele el sujeto activo se halla dirigida a la prestación obligada de servicios sexuales, requiriéndose de los mismos ingredientes de sujeto pasivo calificado y elemento modal de la conducta. Es de anotarse

que este tipo penal ya existía con anterioridad a la Ley 1719 de 2014, y en virtud de ella sufrió modificación. Indicaba la norma:

El que mediante el uso de la fuerza y con ocasión y en desarrollo del conflicto armado obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como puede advertirse, la redacción original indicaba expresamente un elemento de modo de la conducta, esto es “mediante el uso de la fuerza”, expresión que fue suprimida en la reforma de la Ley 1719 de 2014, atendiendo al contenido amplio que se brinda al concepto de violencia, que además de su uso, comporta las variantes de fuerza física y fuerza psicológica, además de la amenaza en el uso de la fuerza, por lo que evidentemente se hacía necesario eliminar el ingrediente normativo.

- ***Esclavitud sexual en persona protegida.*** Establece el Artículo 141 A del Código Penal:

El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, ejerza uno de los atributos del derecho de propiedad por medio de la violencia sobre persona protegida para que realice uno o más actos de naturaleza sexual, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este evento es también de relevancia considerar la redacción original del artículo 141 del Código Penal, pues el tipo se denominaba *Prostitución forzada o esclavitud sexual*. En este sentido, el legislador de 2014 escindió las figuras en comento, empleando el artículo 141 A para darle autonomía a la descripción típica de la esclavitud sexual.

Como se evidencia, en este tipo penal, además de los citados elementos de sujeto pasivo calificado y elemento modal relativo a que se suceda con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, se incluye un elemento modal de la conducta concerniente a la violencia, cuando se afirma “...por medio de la violencia sobre persona protegida”.

- **Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual.** De acuerdo con el Artículo 141 B del Código Penal:

El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, capte, traslade, acoja o reciba a una persona protegida dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación sexual, incurrirá en prisión de ciento cincuenta y seis (156) a doscientos setenta y seis (276) meses y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación de carácter sexual el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena, la esclavitud sexual, el matrimonio servil, el turismo sexual o cualquier otra forma de explotación sexual.

En esencia, la estructura de este tipo penal se calca del previsto en el artículo 188 A del Código Penal, bajo el *nomen iuris* trata de personas al que se añade, como se ha reiterado, el sujeto pasivo calificado y el elemento modal de la conducta. No obstante, merecen reflexión las siguientes diferencias dogmáticas:

–El tipo penal del artículo 141 B ostenta una mayor riqueza descriptiva y una mayor especialidad. En primer término, porque exige que el propósito de la conducta sea únicamente la explotación sexual. Por el contrario, en el tipo de trata de personas, la finalidad de la explotación puede ser sexual, pero además de otra índole, como en adelante se explica.

–El delito de trata de personas previsto en el artículo 188 A en mención, incluye la definición del ingrediente normativo *explotación*, en los siguientes términos:

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

Como acaba de mencionarse, en el contexto del delito de Trata de personas, la modalidad de explotación sexual es una entre varias de las posibles finalidades del agente, pasando por la esclavitud o prácticas análogas, el matrimonio servil, o la explotación de la mendicidad ajena, por poner solamente unos cuantos ejemplos.

–A su turno, y dada la especialidad del artículo 141 B, descriptor de la trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual, la tarea del legislador de 2014 consistió en la definición del ingrediente normativo, pero ya no de la mera explotación, sino específicamente de la explotación sexual, en los siguientes términos:

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación de carácter sexual el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena, la esclavitud sexual, el matrimonio servil, el turismo sexual o cualquier otra forma de explotación sexual.

–Finalmente, es de apuntarse que el delito de trata de personas incluye un inciso final, en el que el consentimiento dado por la víctima a cualquiera de las formas de explotación previstas en la norma, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad del agente. Ahora bien, en la redacción del tipo penal de trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual se suprimió este inciso, pues a la luz de la definición de violencia ya analizada, que implica en todo caso el impedimento para la víctima de dar su libre consentimiento, ya no se hacía necesaria esta aclaración, lo que justifica entonces la supresión.

- ***Esterilización forzada en persona protegida.*** Estipula el Artículo 139 B del Código Penal:

El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por medio de la violencia, prive a persona protegida de la capacidad de reproducción biológica, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. No se entenderá como esterilización forzada la privación de la capacidad de reproducción biológica que corresponda a las necesidades de tratamiento consentido por la víctima.

Además del elemento modal de la conducta y el sujeto pasivo calificado, esta norma trata un delito de resultado, que es el de privar de la capacidad de reproducción biológica. Es de anotar que el parágrafo de la norma consagra una circunstancia exceptiva de responsabilidad penal, que se presenta cuando confluyen los dos siguientes requisitos: i) que la privación de la capacidad de reproducción biológica se produzca en el marco de tratamiento médico; ii) que obre el consentimiento de la víctima.

- ***Embarazo forzado en persona protegida.*** De acuerdo con el Artículo 139 C del Código Penal:

El que con ocasión del conflicto armado, habiendo dejado en embarazo a persona protegida como resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal violento, abusivo o en persona puesta en incapacidad de resistir, obligue a quien ha quedado en embarazo a continuar con la gestación, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) meses a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Aparte del sujeto pasivo calificado y el ingrediente modal de realización de la conducta en el contexto del conflicto armado, son aspectos de relevancia de la norma:

–Para que se tipifique la conducta de embarazo forzado en persona protegida, es indispensable que: i) el agente perfeccione en primer término la conducta de acceso carnal violento, acceso carnal abusivo o acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir; ii) que como fruto de cualquiera de las anteriores conductas delictivas, el sujeto pasivo alcance el estado de gravidez.

Teniendo esto en cuenta, el delito de embarazo forzado en persona protegida se perfecciona cuando consecuentemente al delito primigenio y el estado de embarazo, el agente obliga a la víctima a continuar con la gestación. Debe diferenciarse esta hipótesis delictiva de la prevista en el numeral 2.º del artículo

101 del Código Penal, descriptor del delito de Genocidio, pues este último delito puede tener cabida cuando, con la finalidad de destruir totalmente un grupo nacional racial, religioso, étnico o político se cometa mediante el embarazo forzado, entre otras hipótesis conglobadas en el artículo 101 en cita.

- ***Desnudez forzada en persona protegida.*** El mandato del Artículo 139 D del Código Penal establece:

El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, por medio de la violencia, obligue a persona protegida a desnudarse total o parcialmente o a permanecer desnuda, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Aquí se consagra asimismo el carácter calificado del sujeto pasivo y el elemento modal relativo al contexto de conflicto armado. Además de ello, se incluye el elemento normativo de la violencia, pues mediante la aplicación de esta, se obliga a la víctima a desnudarse total o parcialmente o a permanecer desnuda.

- ***Aborto forzado en persona protegida.*** La previsión del Artículo 139 E del Código Penal es la siguiente:

El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, a través de la violencia interrumpa u obligue a interrumpir el embarazo de persona protegida sin su consentimiento, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) meses a trescientos veinticuatro (324) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta norma se relaciona con el canon 123 del Código Penal (Aborto sin consentimiento). No obstante, el delito de aborto forzado en persona protegida presenta los siguientes elementos diferenciadores: i) el carácter calificado del sujeto pasivo y el ingrediente modal de la conducta relativo al contexto del conflicto armado; ii) la inclusión del ingrediente normativo *violencia*. Igualmente, en materia del resultado, la descripción típica del artículo 139 E es más rica, pues tipifica la hipótesis en la que el mismo agente interrumpe el embarazo, como aquella en la

que obliga a la víctima a interrumpir el embarazo, al tiempo que el artículo 123 solamente indica “el que causare el aborto sin consentimiento de la mujer”.

Los tipos penales anteriores a la Ley 1719 de 2014

- ***Acceso carnal violento en persona protegida.*** De acuerdo con el Artículo 138 del Código Penal:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de diez (10) a diez y ocho (18) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para los efectos de este Artículo se entenderá por acceso carnal lo dispuesto en el artículo 212 de este código.

En este caso, la redacción del tipo se basa en el artículo 205 del mismo Estatuto de las penas, descriptor del tipo penal de acceso carnal violento, al que se añaden los consabidos ingredientes modales (con ocasión y en desarrollo de conflicto armado) y el carácter calificado del sujeto pasivo. Para definir lo que ha de entenderse por acceso carnal, remite la norma al artículo 212 del mismo Código.

- ***Actos sexuales violentos en persona protegida.*** Indica el Artículo 139 del Código Penal:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acto sexual diverso al acceso carnal, por medio de violencia en persona protegida incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se conserva la estructura típica del delito de acto sexual violento previsto en el artículo 206 del Código Penal, añadiendo igualmente el elemento modal y la calificación del sujeto pasivo.

Las anteriores aserciones pueden representarse en la siguiente tabla:

Tabla 1. Tipos penales constitutivos de violencia sexual en el contexto del conflicto armado en Colombia

Tipos penales anteriores a la vigencia de la ley 1719 de 2014

Acceso carnal violento en persona protegida (art. 138 del Código Penal)			
Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo "violencia"
Acceso carnal violento (artículo 205)	X	X	X

Actos sexuales violentos en persona protegida (art. 139 del Código Penal)			
Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo "violencia"
Acto sexual violento (artículo 206)	X	X	X

Prostitución forzada o esclavitud sexual (art. 141 del Código Penal)			
Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo "violencia"
Constreñimiento a la prostitución (artículo 214)	X	X	X

Tipos penales creados en virtud de la ley 1719 de 2014

Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce (14) años
(artículo 138 A del Código Penal)

Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo
Acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años (artículo 208)	X	X	

Actos sexuales con persona protegida menor de catorce (14) años
(artículo 139 A del Código Penal)

Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo “violencia”
Actos sexuales con menor de catorce (14) años (artículo 209)	X	X	

Prostitución forzada en persona protegida (artículo 141 del Código Penal)

Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo “violencia”
Constreñimiento a la prostitución (artículo 214)	X	X	

Esclavitud sexual en persona protegida (artículo 141 A del Código Penal)

Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo "violencia"
Prostitución forzada o esclavitud sexual (artículo 141)	X	X	X

Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual (artículo 141 B del Código Penal)

Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo "violencia"
Trata de personas (artículo 188 a)	X	X	

Esterilización forzada en persona protegida (artículo 139 B del Código Penal)

Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo "violencia"
Sin referencia. Relación lejana con la hipótesis del numeral 4.º del artículo 101 (genocidio)	X	X	X

Embarazo forzado en persona protegida (artículo 139 C del Código Penal)			
Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo "violencia"
Sin referencia. Relación lejana con la hipótesis del numeral 2.º del artículo 101 (genocidio)	X	X	

Desnudez forzada en persona protegida (artículo 139 B del Código Penal)			
Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo "violencia"
Sin referencia	X	X	X

Aborto forzado en persona protegida (artículo 139 E del Código Penal)			
Tipo penal de referencia	Sujeto pasivo calificado	Ingrediente modal	Ingrediente normativo "violencia"
Aborto sin consentimiento (artículo 123)	X	X	X

Capítulo tercero. Las hipótesis de la investigación judicial respecto de los delitos constitutivos de violencia sexual en el marco del conflicto armado

La misión constitucional de la Fiscalía General de la Nación se enmarca en las previsiones del canon 250 Superior, de acuerdo con el cual a la entidad le corresponde la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, siempre que medien motivos suficientes y circunstancias fácticas que indiquen la existencia del ilícito.

Esta actividad investigativa de la Fiscalía se desarrolla en seguimiento de una metodología, esto es, un conjunto de pasos ordenados que conducen a una finalidad previamente definida, que en este caso se encuentra reglada por ser un órgano del Estado, y que determinará las actuaciones del instructor ante los jueces competentes para determinar la responsabilidad de una persona ante los hechos que revisten las características de delito.

Para efectos de este escrito, corresponde detenerse en el elemento metodológico de la hipótesis de la investigación criminal, pues este componente es de gran relevancia en el contexto de la Ley 1719 de 2014.

La determinación de estas hipótesis es de innegable importancia en la investigación criminal, ya que la misma

tiene como fin auxiliar a la justicia, dentro del sistema penal, que inicia su accionar, generalmente, después de acaecidos los hechos criminales, y que requiere atribuciones legales para su proceder. Recolecta y aporta pruebas, establece hipótesis con base en dictámenes y análisis de las diligencias judiciales, establece los hechos (Castro Saldaña y Aparicio Barrera, 2008: 105).

Dado que la construcción de conocimiento en el proceso penal es progresiva, es perfectamente posible que los hallazgos de la investigación impongan la necesidad de establecer una nueva hipótesis delictiva (Fiscalía General de la Nación, 2009). Este carácter provisional de la hipótesis de la investigación judicial permite precisamente que a medida que se perfecciona la investigación se verifique o se deseche la hipótesis (Avella Franco, 2007).

La investigación criminal es una de las expresiones de la investigación científica (Fiscalía General de la Nación, 2009), y por tanto,

comparte sus formulaciones en lo que hace a las fases o procesos que se cumplen en su ejecución. Los siguientes podrían reseñarse como los procesos que se siguen, atendiendo al método científico: observación, formulación de hipótesis, experimentación, inducción, deducción, análisis y síntesis, para llegar finalmente a la fase de corroboración, conceptos que a su vez tienen sus propios desarrollos y fases (Avella Franco, 2007: 62).

Puede entonces entenderse la hipótesis como el producto de un proceso lógico, en el que a partir de una inferencia se responde provisionalmente a las preguntas relevantes de la investigación criminal: si el hecho investigado reviste las características de un delito, en qué circunstancias sucedió, y quién es su autor o partícipe (Avella Franco, 2007). Más precisamente, la hipótesis es “una suposición que expresa la posible relación entre dos o más variables, la cual se formula para responder tentativamente a un problema o pregunta de investigación” (Arias, 2012: 47).

Puesto que la hipótesis responde –así sea provisionalmente– a las cuestiones esenciales de la investigación criminal, por fuerza han de formularse una o varias hipótesis en desarrollo de la actividad de la Fiscalía, en tanto “la hipótesis es la brújula que guía la generación de conocimiento científico. De tal manera que cualquier investigador está obligado a formular o plantear una o varias hipótesis, que una vez contrastadas le permitirán generar conocimiento científico” (Pájaro Huertas, 2002: 2).

Analizada brevemente la importancia de la hipótesis en la investigación judicial que adelanta la Fiscalía General de la

Nación, se tiene que la Ley 1719 de 2014 orienta la labor del ente instructor hacia la verificación de ciertas hipótesis, que permiten el establecimiento de las circunstancias de contexto en las que se desenvuelve la violencia sexual en el conflicto armado.

Con ello se pretende reforzar la necesidad de que la investigación penal en estos casos no produzca solamente condenas aisladas, que si bien son necesarias, desconocen la dinámica de la violencia sexual, especialmente cuando se pretende demostrar que ciertas formas de violencia sexual constituyen crímenes de lesa humanidad, o la política de un aparato de poder criminal. En suma, las hipótesis de la investigación previstas en la Ley 1719 de 2014 permiten maximizar no solamente la finalidad de la investigación judicial, sino apalancar los derechos de las víctimas. Por estas razones, la tesis que se defiende en este apartado es que el direccionamiento del legislador hacia dichas hipótesis es una manifestación de la justicia restaurativa y de la ampliación del catálogo de los derechos de las víctimas de violencia sexual en la dinámica de la confrontación armada.

El contexto y las circunstancias en que ocurrieron los hechos, y los patrones de comisión de la conducta punible

Indican los tres primeros numerales en cita:

La autoridad judicial competente adelantará la investigación de los delitos que constituyen violencia sexual con ocasión del conflicto armado, para lo cual se tendrán en cuenta como hipótesis, entre otras, lo siguiente:

1. Contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación.
2. Circunstancias en las que ocurrieron los hechos.
3. Patrones de comisión de la conducta punible.

(...) (Congreso de la República de Colombia, Ley 1719 de 2014).

Como ha tenido ocasión de analizarse, la dinámica de la violencia sexual en Colombia no es un fenómeno aislado, y de otra parte, el desarrollo del conflicto demuestra que su finalidad trasciende

la simple satisfacción libidinosa. El estado del arte sobre la materia muestra que la violencia sexual se ha convertido en una verdadera estrategia de guerra para los actores armados. Se ha indicado sobre el particular que “[...] en determinados contextos, la violencia sexual no es una conducta de simple consumo por parte del actor armado, sino una estrategia para obtener determinados fines” (Céspedes-Báez, 2010: 275).

Asimismo, indica la jurisprudencia constitucional que la violencia sexual en el contexto del conflicto armado se ha desplegado con diversas finalidades, siendo las principales: i) la violencia sexual en el marco de operaciones violentas como masacres, tomas, pillaje y destrucción de poblados, ii) como estrategia bélica para el amedrentamiento, la retaliación contra reales o presuntos coadyuvantes del bando contrario, como estrategia en el control del territorio, iii) como estrategia para la obtención de información, iv) como acto de ferocidad en sí misma, v) como desarrollo propio del reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes, vi) como venganza contra aquellos que infrinjan los códigos de comportamiento que de facto establecen los grupos armados que controlan un determinado territorio, vii) como amedrentamiento y retaliación contra las mujeres que desempeñan funciones en organizaciones comunitarias o políticas, entre otras finalidades (Corte Constitucional de Colombia, auto 092 de 2008).

La utilidad del hallazgo de estas hipótesis de la investigación permiten enfocar la tarea de la Fiscalía hacia la diferenciación de la violencia sexual como: i) un evento aislado, sin relación con el conflicto, esto es, como criminalidad común, o como un acto que hace parte de la estrategia de guerra de alguno de los actores, caso en el cual seguramente constituirá un patrón de conducta; ii) el análisis de contexto de la conducta, que será de utilidad en necesidades posteriores, por ejemplo, en la declaratoria de crimen de lesa humanidad, como se tratará en adelante.

Estas hipótesis de la investigación tienen además notoria incidencia en el encuadramiento típico de la conducta. Como tuvo oportunidad de analizarse en el capítulo dedicado a los tipos penales creados en virtud de la Ley 1719 de 2014, eventos bien diferenciados son los atentados contra la Libertad, integridad y

formación sexuales, que se producen extramuros del conflicto armado, y otro fenómeno son los atentados constitutivos de violencia sexual en el marco del conflicto, partiendo inclusive de la determinación de los bienes jurídicos afectados con la conducta.

Como se halla decantado, en los delitos sexuales como criminalidad común, el encuadramiento típico de las figuras refiere al bien jurídico de la Libertad, integridad y formación sexuales, al tiempo que en los eventos de violencia sexual en el marco del conflicto, el bien jurídico al que primordialmente remite la norma es al de los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Ello no significa, por supuesto, que no se entienda lesionada la libertad, integridad y formación sexuales de la víctima, pues estos tipos penales son pluriofensivos, sino que dado el carácter de suceder en el contexto del conflicto, el significado de los patrones de conducta que puedan tener los actores armados en el empleo de la violencia sexual como estrategia de guerra, o en ciertos casos, el carácter generalizado y sistemático de los ataques, conducirán a un encuadramiento típico dependiente de las circunstancias.

Igualmente, notoria incidencia tiene este aspecto en la determinación de los derechos de las víctimas, pues en los casos de atentados contra el Derecho Internacional Humanitario o crímenes de lesa humanidad, cobran mucha más relevancia las garantías de satisfacción, rehabilitación, reparación y garantías no de repetición que se ven disminuidas en la criminalidad común.

Y es que la única forma de perseguir y castigar adecuadamente los atentados constitutivos de violencia sexual en el contexto del conflicto parte de la acción coordinada de los actores del sistema. Puesto que la Fiscalía tiene el deber legal de adelantar las investigaciones de los hechos que revistan las características de un delito, su compromiso primigenio en este sentido es la investigación en profundidad de los hechos, las circunstancias y los patrones de conducta que permitan dirigir la investigación hacia los derroteros de la criminalidad común, o del delito contra el Derecho Internacional Humanitario, según sea el caso.

El carácter sistemático o generalizado del ataque y el conocimiento de dicho carácter por parte del agente

Indica el fragmento normativo que titula este acápite:

La autoridad judicial competente adelantará la investigación de los delitos que constituyen violencia sexual con ocasión del conflicto armado, para lo cual se tendrán en cuenta como hipótesis, entre otras, lo siguiente:

[...]

4. Carácter generalizado o sistemático del ataque en virtud del cual se desarrolle la conducta.

5. Conocimiento del ataque generalizado o sistemático.

[...] (Congreso de la República de Colombia, Ley 1719 de 2014).

Como es evidente, la utilidad de estas hipótesis de la investigación judicial tiene que ver con la determinación del carácter de crimen de lesa humanidad en los casos relativos a la violencia sexual en el marco del conflicto. Al punto, necesario es tener en cuenta la definición que ofrece el numeral 1.º del artículo 7.º del Estatuto de Roma sobre estos crímenes:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998).

La definición ofrecida en el Estatuto es de inusitada importancia en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que la propia Ley 1719 de 2014 en su artículo 15 remite expresamente a la definición del instrumento internacional en referencia.

En estos casos, puede hablarse de un dolo calificado, pues el actor debe desplegar las conductas punibles con dolo, al que se añade el conocimiento y la voluntariedad respecto del carácter sistemático o generalizado del ataque (Servín Rodríguez, 2014).

Debe asimismo tenerse en cuenta que el Estatuto de Roma no exige para la configuración de la noción de crimen de lesa humanidad que la conducta se cometa en el contexto de conflicto armado, y es precisamente esta la exigencia de los tipos penales sobre violencia sexual que constituyen atentados contra el Derecho Internacional Humanitario, pues como ha tenido oportunidad de anotarse, estas figuras típicas demandan un elemento modal de la conducta, y es que sean cometidas con ocasión y en desarrollo de conflicto armado.

Por tanto, puede suceder que atentados constitutivos de violencia sexual en el marco del conflicto no sean considerados crímenes de lesa humanidad por faltar el carácter sistemático o generalizado y el conocimiento de dicho carácter por parte del agente. Y, al mismo tiempo, como es apenas natural, podría acontecer que se realice la declaratoria de crimen de lesa humanidad sin que se trate de eventos constitutivos de violencia sexual en el contexto del conflicto, siempre y cuando concurra el carácter sistemático o generalizado del ataque, y el conocimiento de dicho carácter por parte del agente, aún fuera de los casos de conflicto armado.

En el establecimiento de estas hipótesis de la investigación judicial ha de tenerse en cuenta asimismo por parte del investigador que no necesariamente la declaratoria de crimen de lesa humanidad debe estar precedida de una pluralidad de ataques. Obsérvese cómo la esencia de la figura radica en el carácter sistemático o generalizado y el conocimiento de dicho ataque (dolo específico), sin que se aluda a un número de ataques. Si se acudiera a este criterio, se dificultaría enormemente la determinación sobre el crimen de lesa humanidad, pues habría que comenzar a cuestionarse sobre el número de ataques que se requieren como mínimo para que sea procedente la declaratoria, o el número de víctimas requerido para que se haga la declaratoria, cuestiones todas ajenas a la sistemática del Estatuto de Roma y de la Ley 1719 de 2014 en el medio colombiano.

Debe hacerse necesario hincapié en los requisitos esenciales que hacen que una conducta ilícita pueda considerarse como crimen de lesa humanidad, esto es, la calidad de ataque generalizado y sistemático contra la población civil, y el conocimiento de dicho carácter por parte del agente. Estos presupuestos permiten, adicionalmente, diferenciar estas formas delictivas de la criminalidad común o de los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Retomando los dictados del Estatuto de Roma, se ha indicado que

Según el Estatuto, son crímenes de lesa humanidad: la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, que se

cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (Galvis, 2009: 32–33).

Es decir, que la existencia de la generalidad o la sistematicidad del ataque se convierten en requisito *sine qua non* para que la conducta delictiva asuma el cariz de crimen de lesa humanidad. Con ello, se pretenden proscribir las prácticas de guerra, de conflicto o de terrorismo que se anclen en la generación de zozobra, temor o terror en la población civil como arma o como herramienta utilizada generalmente en el marco de los conflictos armados.

Es de cara a este panorama que se afirma que dicha calidad de generalidad y de sistematicidad permiten la distinción del crimen de lesa humanidad frente a otro tipo de ataques. Estas consideraciones deben ser analizadas con mayor detenimiento.

Por ejemplo, cuando se estudian los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en calidad de delitos comunes, puede advertirse que la regla general es que el componente subjetivo de dichos tipos penales lleva ínsita una finalidad de satisfacción de un interés libidinoso.

Situación análoga ocurre tratándose de los delitos sexuales contra las personas y bienes protegidas por el Derecho Internacional Humanitario: estos tipos penales no requieren de un ataque sistemático y generalizado. Lo que se pune de manera especial en estos casos es la calidad del sujeto activo (persona protegida) y el ingrediente de modo relativo a que la conducta se realice en el marco de un conflicto armado.

Pero, a su turno, los requisitos de generalidad o sistematicidad implican de suyo que exista una política de guerra o de conflicto destinada a denostar la libertad, integridad y formación sexuales como arma de guerra, como política de ataque generalizado, donde la generalidad o sistematicidad es esencialmente violatoria de los Derechos Humanos.

Obsérvese además, y ello es asimismo de crucial relevancia, que ni los instrumentos internacionales sobre la materia, ni las disposiciones de derecho interno hacen distinción sobre la calidad del sujeto activo de la conducta. Esta aserción es de importancia en el establecimiento de la situación de los derechos

de la víctima y, además, en materia de dogmática penal: no se hace distinción alguna en cuanto a si el sujeto activo de la conducta es o no miembro de las fuerzas armadas del Estado. Ello comporta que tanto los actores armados por fuera de la ley, como las fuerzas del orden se encuentran sujetos a la normativa, ya sea que la violencia sexual se suceda como crimen contra las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario o como crimen de lesa humanidad.

Lo anterior tiene la importante consecuencia de excluir el tratamiento de la violencia sexual en el marco del conflicto como competencia de la jurisdicción penal militar. Se tiene, en este sentido, que

La Corte Constitucional, en Sentencia C-578 de 2002, que revisó la constitucionalidad del Estatuto de Roma, realizó una importante observación: que las conductas que constituyen crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, cuando sus autores sean o se presuma que son integrantes de las fuerzas armadas, nunca podrán ser consideradas como actos relacionados con el servicio ni ser juzgadas por la justicia penal militar (Galvis, 2009: 34).

Retomando, se tiene entonces que para constituir crimen de lesa humanidad, la violencia sexual debe ostentar el componente de sistematicidad o generalidad en el ataque a los bienes jurídicos protegidos. La experiencia del conflicto armado colombiano muestra que son diversas las finalidades a que apuntan este tipo de agresiones, y por ello puede hablarse en consecuencia de estos ataques a la integridad sexual como estrategia de guerra, y por ello se habían analizado estas formas violentas como una conducta usualmente estratégica para la obtención de fines propios de la guerra (Céspedes-Báez, 2010: 275).

Por estas razones, se ha afirmado que, en principio, el ataque debe ser “masivo, frecuente, una acción a larga escala, llevado a cabo colectivamente con considerable seriedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas” (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 1998, párrafo 580). No obstante, también se ha afirmado que “un individuo que comete un crimen contra una sola víctima o contra un limitado número de víctimas puede ser considerado culpable de un crimen contra la humanidad si sus actos fueron parte del contexto específico identificado

con prelación” (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 1996, párrafo 30).

En tal sentido, y dado que el Estado colombiano se vinculó al Estatuto de Roma, el enfoque de la investigación judicial hacia la hipótesis del carácter generalizado o sistemático del ataque y el conocimiento de dicho carácter por parte del agente es de suma relevancia, ya que de la declaratoria de crimen de lesa humanidad depende la competencia de la Corte Penal Internacional, y es necesario precisar que la misma sucede de manera subsidiaria a los mecanismos de Derecho interno, que es *extrema ratio* respecto de los sistemas penales de cada Estado (Alexis Servín Rodríguez, 2014), debe ser y por tal razón el artículo 15 de la Ley 1719 de 2014 ordena que cuando se demuestre el carácter de crimen de lesa humanidad, el funcionario judicial se encuentra obligado a realizar dicha declaración.

Para continuar con la relevancia de la declaratoria de crimen de lesa humanidad, deben tenerse en cuenta los efectos sobre la prescripción de la acción penal, pues si se atiende a los presupuestos del artículo 16 de la Ley 1719 de 2014, la acción penal será imprescriptible cuando se trate de los delitos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

De forma que si la hipótesis de la investigación judicial se enfoca hacia la demostración de un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, en todo caso la acción penal será imprescriptible, dado que: i) si se trata de cualquiera de las conductas constitutivas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado, dicha conducta se define como un crimen de guerra, al atentar contra las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, y será, por tanto, imprescriptible de acuerdo con lo reglado en los instrumentos internacionales y en la propia Ley 1719 de 2014; ii) si estas conductas de violencia sexual en el marco del conflicto se declaran, además, como un crimen de lesa humanidad, los delitos tendrán la doble connotación (crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad), y serán igualmente imprescriptibles.

La pertenencia del agente a un aparato organizado de poder que actúe de manera criminal y la ejecución de la conducta en desarrollo de una política de grupo organizado

A continuación se transcriben los numerales pertinentes. Indica la norma:

La autoridad judicial competente adelantará la investigación de los delitos que constituyen violencia sexual con ocasión del conflicto armado, para lo cual se tendrán en cuenta como hipótesis, entre otras, lo siguiente:

[...]

6. Pertenencia del sujeto activo a un aparato organizado de poder que actúe de manera criminal.

7. Realización de la conducta en desarrollo de una política del grupo organizado. (Congreso de la República de Colombia, Ley 1719 de 2014).

En este caso, el interés del legislador se dirige a la asignación de responsabilidades a personas diferentes a los ejecutores materiales de las conductas, quienes a su vez reciben órdenes de los dirigentes de los aparatos organizados de poder criminal, evitando de esta manera la impunidad de las cabezas de estas organizaciones.

Al decir de Velásquez Velásquez (2010),

por aparato criminal organizado de poder –que puede ser de carácter estatal o no–, se entiende una manifestación delictiva en la que concurre un número plural de personas, de carácter piramidal y de estructura jerárquica, dentro de la cual los órganos que toman las decisiones no son los mismos que las ejecutan; es más, los agentes encargados de realizar el delito –que suelen ser plurales y solo conocen de forma parcial el diseño– no participan en la estructuración del plan delictivo (p. 179).

Esta figura se deriva de la autoría mediata, y como ha explicitado la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal (2010),

cuando se está ante el fenómeno delincriminal derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes –gestores, patrocinadores, comandantes– a título de autores mediatos (...) y a los directos ejecutores o subordinados –soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 27 de febrero de 2010).

Esta característica de control jerárquico del mando permite estructurar la figura de la autoría mediata. Al decir de Omar Huertas Díaz et al. (2013),

debe existir uno o varios sujetos que ostenten una posición jerárquica en la organización o maquinaria de poder. Ese papel implica la posesión de un mando y, por ende, el manejo de subordinados que están inmersos en un papel funcional que el aparato organizado les imprime (p. 93).

En este orden, es de relevancia indicar que la utilidad de enfocar la hipótesis de la investigación judicial hacia los aparatos organizados de poder tiene injerencia no solamente en la asignación de la responsabilidad penal, sino que impacta la realización de los derechos de las víctimas, quienes también podrían ejercerlos en contra de los jefes o cabecillas de los grupos armados organizados, quienes al ser autores mediatos, les cabe la misma responsabilidad que al autor material.

Ello afecta positivamente el derecho a la verdad, por el conocimiento que se adquiere respecto de quienes ordenaron los ataques y quiénes recibieron las órdenes, y sobre el derecho a la justicia, por la imposición de las justas sanciones a los responsables, y se aumentan las posibilidades de éxito en materia del derecho a la reparación integral, sin contar con que se aumenta asimismo el éxito de las garantías de satisfacción, rehabilitación, reparación y no repetición, pues media el conocimiento de que quien actuó fue el aparato criminal en su conjunto.

Capítulo cuarto. Los derechos de las víctimas en el recaudo, práctica y valoración probatoria en materia de violencia sexual en el contexto del conflicto armado

En materia jurídica, la prueba tiene clara relación con el interés que se persigue en un proceso y con la formación de la convicción del fallador. Por esta razón, la prueba judicial se ha definido como

los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son presupuestos de sus intereses materiales perseguidos (Ruiz Jaramillo, 2007: 193).

En el proceso penal, como en cualquier otro proceso, para comprender la entidad de la prueba debe atenderse al andamiaje que se conforma entre los hechos jurídicamente relevantes y la pretensión que se defiende, con la prueba en sí misma considerada. Por tanto, la actividad probatoria de las partes, y la solicitud de la prueba se encuentran encaminadas a la demostración de los hechos jurídicamente relevantes en el diligenciamiento que se trate, en orden al éxito de una determinada pretensión.

Esta solicitud de la prueba se entiende como

las peticiones concretas y expresas que quien ha descubierto y enunciado medios de conocimiento eleva ante el juez de conocimiento, argumentando la admisibilidad, licitud, utilidad y pertinencia de aquellos, para que este se pronuncie admitiendo, excluyendo, rechazando, o inadmitiendo dichos medios (Gaviria Londoño, 2012: 16).

De esta forma, se tiene que todas las etapas probatorias inciden en la realización de derechos fundamentales, especialmente en materia del debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Para efectos de este escrito, se analizarán estos impactos respecto de las víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, efectos que han sido tenidos en cuenta por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando afirmó, en la Sentencia C-454 de 2006 que

La efectividad del derecho a acceder a la justicia, en el que se inscriben los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, se encuentra en una relación directa con el derecho a probar. El derecho a conocer la verdad sobre los hechos que entrañan el agravio a la víctima, está inescindiblemente vinculado con la posibilidad de probar; el derecho a la justicia resulta inconcebible al margen de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades; y el derecho a la reparación, cuando se ejerce en el proceso penal, se consolida a partir de la determinación de la responsabilidad por el hecho punible (Corte Constitucional, 2006, Sentencia C-454 de 2006, Magistrado Ponente, Dr. Jaime Córdoba Triviño).

La preservación de la igualdad, la no discriminación y la intimidad de las víctimas en la práctica probatoria

Una de las notas esenciales de todo proceso judicial, es el hecho de ser un escenario dialéctico, es decir, un contexto de confrontación. Ello se desprende de la naturaleza misma de la actuación judicial, que requiere el conocimiento de las diversas posturas sobre el hecho, y de la demostración del hecho jurídicamente relevante, en sí mismo considerado. No obstante, comúnmente esta necesidad se traduce para la víctima en un escenario tortuoso, ya que

esto implica, en la mayoría de los casos, la narración repetida de lo sucedido ante distintas instancias, el sometimiento a procedimientos que hacen traer [al] presente hechos que quisieran dejarse en el pasado, la asistencia a audiencias que se desarrollan [en] escenarios extraños en la vida cotidiana de las víctimas y que resultan poco humanos (Morales Arias, 2012: 14).

La preservación del derecho a la intimidad y la privacidad de las víctimas se ve potenciada, no solamente como forma de resguardo de estas garantías fundamentales, sino como herramienta para evitar retaliaciones en contra de las víctimas. Al respecto, puede verse el numeral 1.º del artículo 13 de la Ley 1719 de 2014.

Es un fenómeno lamentablemente usual que en los procesos penales seguidos con motivo de delitos sexuales, se pretenda convertir las diligencias procesales en escenarios de victimización secundaria, en aspectos como la vida sexual de la víctima, su comportamiento, e incluso el atavío que llevaba el día de los hechos, generalmente con la pretensión de debatir la “responsabilidad de la víctima” por el hecho cometido, o justificar de alguna manera la conducta del agente.

Por dichas razones, por ejemplo, el Estatuto de Roma prohíbe de manera expresa la admisión de pruebas sobre la conducta sexual de las víctimas o los testigos (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Regla 71).

Es por estas razones que los recientes instrumentos normativos en materia de derechos de las víctimas hayan sido constantes en afirmar la proscripción de este tipo de comportamientos, que comprende además la conducta de los funcionarios judiciales y de policía, y en fin, cualquier organismo o entidad del Estado.

Aunque la regla prevista en el numeral 3.º del artículo 13 de la Ley 1719 de 2014 no indica expresamente que se trata de una regla probatoria, le es aplicable a esta actividad. Indica la norma que las víctimas tienen derecho a

No ser discriminadas en razón de su pasado ni de su comportamiento u orientación sexual, ni por ninguna otra causa respetando el principio de igualdad y no discriminación, en cualquier ámbito o momento de la atención, especialmente por los operadores de justicia y los intervinientes en el proceso judicial.

A su turno, el numeral 5.º del artículo 13 de la Ley 1719 de 2014 expresa que las víctimas tienen derecho a

no ser confrontadas con el agresor, a no ser sometidas a pruebas repetitivas y a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad.

Como puede advertirse, en materia probatoria, el esfuerzo del legislador se encamina a que frente a las víctimas de violencia sexual en el conflicto armado se refuercen los contenidos de los derechos fundamentales que mayor incidencia tienen en la actividad probatoria, esto es, la intimidad, la igualdad y la no discriminación, sin perjuicio, claro está, de todos los demás derechos que se implican en la actuación, especialmente, y como se apuntó, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

En tal dirección, se remarcan las afirmaciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-454 de 2006, con ponencia del Dr. Jaime Córdoba Triviño, ocasión en la que se destacó que con la elevación de los derechos de las víctimas al rango constitucional se realiza uno de los fines del proceso penal, cual es el restablecimiento de la paz social, y de esta forma se refuerza un sistema de garantías en el que se tiene como norte la tutela judicial efectiva.

Con esta base, se refrendó que las garantías del proceso penal son bilaterales. Así las cosas, derechos como el acceso a la administración de justicia (artículo 229 Superior), la igualdad ante los tribunales (artículo 13), la defensa en el proceso (artículo 29), la imparcialidad e independencia de los tribunales (artículo 230), la efectividad de los derechos (artículos 2 y 228), deben predicarse tanto del acusado como de la víctima.

Además, dada la naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, a la víctima deben reconocerse garantías de acceso similares a las existentes para el acusado, como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-343 de 2007, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil.

De allí se desprenden unos mandatos específicos para los operadores de justicia y los participantes en el proceso penal, que se delimitan a continuación.

El derecho a no ser confrontadas con el agresor

Esta garantía debe entenderse como extensiva a cualquier procedimiento judicial o administrativo, y tiene gran relevancia en materia probatoria, especialmente en lo relativo a entrevistas o declaración testimonial. Lo que se pretende es erigir en un verdadero derecho la negativa del ofendido a encarar a su agresor, pues en el núcleo de esta discusión se hallan inmersos los derechos a la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la libertad en general como derecho humano.

De otro lado, se trata de una medida proteccionista por parte del Estado, ya que en ausencia de esta regla, podría pensarse que dada la importancia de la declaración de la víctima por su relación con los hechos del proceso (pertinencia y conducencia de la prueba), podría forzarse a la víctima a confrontar a su agresor en la práctica probatoria, que es precisamente lo que repudia la regla del numeral 5.º del artículo 13 de la Ley 1719 de 2014.

Respecto de la conducencia de la prueba, indica Jesús García Valencia (1993), que se trata de “la relación entre el objeto de la prueba y los hechos materia del proceso, es criterio rector para decidir el decreto de la prueba” (p. 50). En el mismo sentido, se ha sostenido que “la conducencia examina lo jurídico y lo legal en cuanto al medio de prueba utilizado para demostrar” (Borja Niño, 2003: 160).

A su turno,

la pertinencia estudia en peticiones y demostraciones el nexo de compatibilidad entre el hecho a demostrar y los hechos del asunto a decidir de la cuestión debatida, de la diligencia a cumplir o del incidente a resolver, para pruebas solicitadas por iniciativa de parte (Borja Niño, 2003: 160).

Téngase en cuenta además que en muchas ocasiones, los impactos psicológicos de la víctima se superan con mayor facilidad cuando no se ve compelida a enfrentar al delincuente (Echeburúa et al., 2002), y debe reconocerse la individualidad en la forma de enfrentar el perjuicio sufrido, que muchas veces inclinará a las personas a tomar distancia de su agresor (Morales Arias, 2012).

Así las cosas, la garantía de no confrontar al agresor es un verdadero derecho sustancial, que irradia una expresión procesal en materia probatoria, pues se itera que aunque la entrevista o la declaración de la víctima pueda ser pertinente o conducente para los hechos materia del proceso, si aquella ejerce su legítima negativa a enfrentar al agresor, no existe forma de obligarle a la confrontación, lo que aparece plenamente acorde con los presupuestos del Estado constitucional, y deja por supuesto a salvo las demás actividades probatorias que puedan proseguirse para la definición de la responsabilidad penal del delincuente.

Este derecho es además expresión del paradigma de justicia restaurativa frente a la justicia retributiva, pues como tuvo ocasión de analizarse en el capítulo primero de este libro, la época de olvido de la víctima significó empujar a la víctima a la periferia del proceso penal, convirtiéndola en un mero proveedor de elementos probatorios que soporten la acusación. Y además de ello, el impulso de la investigación en materia de violencia sexual en el conflicto armado no puede dejarse librado a la declaración de la víctima, pues es de esperarse que en muchos casos, por el temor a represalias, por miedo, o por el deseo de no confrontar al agresor, no pueda contarse con la participación de la víctima en la conformación del arsenal probatorio del ente acusador, o del ejercicio de la pretensión en el incidente de reparación integral.

Ahora bien, si se presentara el caso de que una víctima fuera obligada a confrontar a su agresor en la conformación de un elemento material probatorio, o se la conminara a declarar en el juicio bajo las reglas de la prueba testimonial, es de entender que dicha prueba debe ser excluida de la actuación, por ser violatoria de las garantías fundamentales ya citadas de autonomía personal, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, libertad en sentido lato, aparte de que se contravendría el dictado expreso del numeral 5.º del artículo 13 de la Ley 1719 de 2014, razones ellas que fundamentarían la aplicación de la cláusula de exclusión por el carácter ilícito.

El derecho a no ser sometidas a pruebas repetitivas

Prima facie, el principio que ilumina el rechazo de pruebas repetitivas es la economía procesal. La actuación del Estado en la administración de justicia debe ser, entre otros, eficiente, y la repetición probatoria significa el desgaste de recursos humanos, tiempo, e incide negativa en el derecho a una pronta y cumplida justicia. De otro lado, ya existiendo un medio suasorio que demuestra alguno o algunos de los hechos jurídicamente relevantes para el proceso, la prueba repetitiva tiene cierta relación con la prueba superflua y la prueba inútil.

De forma paralela a la argumentación ofrecida, lo que acontece en materia de violencia sexual en el contexto de la confrontación armada, es que la repetición de la prueba puede afectar derechos fundamentales de las víctimas, e incidir negativamente en el proceso de superación del daño sufrido con el delito, ello sin contar con el impacto de la victimización secundaria (Sampedro Arrubla, 2010), una de cuyas aristas es el sometimiento a las víctimas a pruebas repetitivas (Hirsch, 1992).

De forma que en el caso de pruebas repetitivas en los eventos de violencia sexual en el conflicto armado, el fundamento normativo del rechazo de estas pruebas deviene de: i) la regla contenida en el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, que afirma expresamente que procederá el rechazo, la exclusión o la inadmisibilidad, entre otras, de las pruebas repetitivas, teniendo presente que la admisibilidad, como enseña Lino Enrique Palacio (2000), “se vincula, en cambio, a la legalidad (posibilidad jurídica) del medio ofrecido o dispuesto para practicarla, o con el tiempo y la forma de su ofrecimiento o agregación” (p. 30).; ii) la regla contenida en el numeral 5.º del artículo 13 de la Ley 1719 de 2014, que consagra un verdadero derecho sustancial a favor de las víctimas en el sentido de no ser sometidas a pruebas repetitivas.

Puede suceder que se trate de dos hipótesis bien diferenciadas: en un primer caso, las pruebas repetitivas ya existen en la actuación, correspondiendo al juez competente el rechazo de los elementos materiales probatorios iterativos, o rechazando la solicitud de práctica en el juicio de tales medios. En un segundo caso, y esta es la verdadera importancia de la regla que se

comenta, puede suceder que el elemento material probatorio ya existe y se va a someter nuevamente a la víctima al recaudo del elemento, a lo que legítimamente puede oponerse, pues la regla resguarda los mismos contenidos analizados de autonomía personal, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, y lo que contiene la legislación es una norma protectora de los derechos de las víctimas, que asimismo evita la victimización secundaria. Por tanto, esta garantía tiene un eminente contenido de justicia restaurativa.

El derecho a la intimidad de las víctimas en el marco de la actividad probatoria

Se trata en este evento de impedir lesiones a los derechos fundamentales a la intimidad y la privacidad de las víctimas de violencia sexual en el conflicto armado, mediante un verdadero mandato a las autoridades judiciales que tengan que ver con los respectivos procesos: a) que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas; b) que se excluyan las pruebas ya practicadas, que en cualquier caso signifiquen una intervención innecesaria o desproporcionada en la intimidad de las víctimas.

En estos casos, el contenido de la norma se relaciona con la naturaleza del delito, que *per se* afecta una de las esferas de mayor relación con la intimidad del ser humano: la libertad, integridad y formación sexuales. Por ende, el juicio de admisibilidad requiere de mayor cautela para evitar que la práctica de un medio atente contra el derecho fundamental a la intimidad.

Así, la norma se desdobra en dos hipótesis: de una parte, el elemento material probatorio o la prueba aún no existen, y se enfrenta la decisión de ordenar la práctica; en dicho evento, la víctima tiene el legítimo derecho sustancial de negarse a la práctica o el recaudo. De otra parte, se cuenta con la hipótesis de que el medio ya existe, y se solicita su exclusión; en estos eventos, es deber del funcionario analizar detenidamente si la afectación en el derecho a la intimidad es de tal entidad, que el medio se torna en ilícito, y ha de aplicarse en consecuencia la cláusula de exclusión. Al igual que en los casos anteriores, se pretende evitar la victimización secundaria, y la superación

del paradigma retributivo, una de cuyas manifestaciones es la asignación a la víctima del papel de proveedor de elementos materiales probatorios, sin mayor participación en la solución del conflicto causado con el delito.

El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos

Esta garantía se estatuye en el numeral 8.º del artículo 13 de la Ley 1719 de 2014. Nuevamente, la norma consagra un auténtico derecho de las víctimas, que es por supuesto expresión de la ampliación del catálogo de garantías de las víctimas que sufrieron violencia sexual en el conflicto. Para efectos de este escrito, la garantía que se describe tiene impacto en los siguientes escenarios:

- En el recaudo, práctica y valoración de la prueba, debe tenerse en cuenta este contexto en que ocurrieron los hechos, pues como se ha advertido en este escrito, de este contexto usualmente aparece la vinculación de la violencia sexual como conducta dentro del conflicto armado, y no como delito sexual aislado. Esta valoración de la prueba será especialmente exigible al juez de conocimiento cuando aplica las reglas de la sana crítica, y al fiscal de la investigación en el recaudo del acervo probatorio.
- En la determinación de la hipótesis de la investigación judicial: se ha referido en este escrito que el establecimiento de la hipótesis es tarea crucial en la labor adelantada por el ente instructor, pues a partir de dicha hipótesis pueden aparecer patrones de comportamiento, la posibilidad de declaratoria de crimen de lesa humanidad si se construye la hipótesis a partir del ataque sistemático o generalizado contra la población civil y el conocimiento de dicho carácter por parte del agente, o la asignación de responsabilidades a los autores mediatos a través de la aplicación de la figura de los aparatos de poder criminales. Para construir la hipótesis, como se vio, es absolutamente necesario tener en cuenta tener el contexto en que ocurrieron los hechos, y al tenor de la norma, sin prejuicios en contra de la víctima.

- En el ejercicio del incidente de reparación integral: como se analizará en el último capítulo de esta obra, la Ley 1719 de 2014 implicó cambios significativos en materia del incidente de reparación integral. Una de ellas consiste en que el juez debe aplicar los criterios diferenciales y de reparación integral en la determinación sobre la existencia del perjuicio y las medidas de reparación que deben adoptarse. Pues bien, en la decisión judicial del incidente es crucial tener en cuenta el derecho de las víctimas que se está tratando, es decir, a que se dé relevancia al contexto en que ocurrieron los hechos, sin prejuicios en contra de la víctima, pues de ello depende la ponderación sobre la existencia del perjuicio, su vinculación con el conflicto armado, y la decisión sobre las medidas reparatorias que haya lugar a aplicar. Con estos deberes del juez son clarificadoras las palabras de Augusto Mario Morello (1991) cuando afirma que “El juez espectador quedó en la historia. Su rol es hoy diligente (...) vigila, orienta, explora y gestiona la prueba (...) Desde el comienzo no puede estar inerte y ajeno, ni distante” (p. 101).

Es de suponerse que la superación de los prejuicios en contra de la víctima incide en las esferas de la justicia restaurativa y en la proscripción de la victimización secundaria. Como se ha afirmado en lugar anterior, circunstancias como la etnia, la edad, la orientación sexual, el hecho de ser mujer, entre otras condiciones, han fundamentado criterios sospechosos de discriminación por parte del propio Estado o de los demás intervinientes en los procesos judiciales, y se trata de uno de los estigmas que han de superarse en la consecución del paradigma de la justicia restaurativa.

El derecho a la asesoría, acompañamiento y asistencia

Debe comenzar por indicarse que los mencionados componentes de asistencia y asesoría acompañan a las víctimas de cualquier delito, y especialmente en aquellas de violencia sexual en el marco del conflicto armado. No obstante, la pretensión del numeral 9.º del artículo 13 de la Ley 1719 de 2014 es la de maximizar estas garantías respecto de las actividades probatorias. Establece la norma que las víctimas tienen derecho

A contar con asesoría, acompañamiento y asistencia técnica legal en todas las etapas procesales y desde el momento en que el hecho sea conocido por las autoridades. Las entrevistas y diligencias que se surtan antes de la formulación de imputación deberán realizarse en un lugar seguro y que le genere confianza a la víctima, y ningún funcionario podrá impedirle estar acompañada por un abogado o abogada, o psicóloga o psicólogo. Se deberán garantizar lugares de espera para las víctimas aislados de las áreas en las que se desarrollan las diligencias judiciales, que eviten el contacto con el agresor o su defensa, y con el acompañamiento de personal idóneo (Congreso de la República de Colombia, 2014, Ley 1719 de 2014).

Esta norma estatuye una serie de derechos de las víctimas sobre todo en materia de formación del elemento material probatorio, y de ello puede depender el juicio de legalidad o de licitud del respectivo medio. En efecto, se debe garantizar la asistencia técnica legal y la asesoría en todo momento de la actuación, sin que se pueda impedir la presencia de dicho asistente, ello sin contar con las condiciones de idoneidad que debe poseer el lugar donde el medio probatorio se practique. Igualmente, se reitera en este evento la regla relativa a la necesidad de evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, soslayándose con ello los efectos nocivos que pueden acarrear en la psique de la víctima y las altas posibilidades de victimización secundaria en estos casos.

El acompañamiento constante y la idoneidad de los lugares de práctica de las diligencias tienen la finalidad de ser en sí mismos medios que contribuyan al cumplimiento de la justicia restaurativa, colaborando a la víctima en la tarea de soportar y superar los hechos victimizantes.

El derecho al enfoque diferencial respecto de la prueba testimonial

Por su parte, el numeral 10 del artículo 13 indica el derecho “A que se les brinde iguales oportunidades desde un enfoque diferencial, para rendir declaración como a los demás testigos, y se adopten medidas para facilitar dicho testimonio en el proceso penal”. Esta garantía busca preservar el derecho a la igualdad en

medio de la diferencia de cada una de las víctimas de violencia sexual. Como se sostuvo en precedencia, la Ley 1719 de 2014 está enfocada de forma prevalente a los grupos poblacionales que han sufrido en mayor medida este tipo de ataques, cuales son las mujeres y las niñas, niños y adolescentes. En este sentido, son de relevancia los enfoques de género y los enfoques etarios, en principio, para manejar los criterios relevantes en la práctica de las pruebas.

Cualquier diligencia probatoria, especialmente las entrevistas y las pruebas testimoniales imponen a la víctima la carga de revivir lo ocurrido, de sentir nuevamente el sufrimiento causado con la conducta delictiva, y dada la necesidad de que se practiquen estas diligencias, que en algunos casos serán insoslayables dadas las dificultades de lograr un mayor acervo probatorio que demuestre el ilícito, la norma refuerza las garantías de las víctimas para minimizar el impacto negativo que ello tiene en la rehabilitación psicológica y las posibilidades de victimización secundaria.

Las reglas probatorias del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014

Indica el artículo 18 de la Ley 1719 de 2014:

Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, presunción de inocencia, autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7o del Código de Procedimiento Penal, en los casos en que se investiguen delitos que involucren violencia sexual, el personal de Policía Judicial, de Medicina Legal, Ministerio Público, de Fiscalía, y de Judicatura podrán observar las siguientes recomendaciones en el recaudo, práctica y valoración de las pruebas:

1. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre.
2. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual.
3. El Juez o Magistrado no admitirá pruebas que propicien discriminaciones por razones religiosas, étnicas, ideológicas, políticas, u otras.

Las trascendentales reglas fijadas en este apartado normativo tienen que ver con dos elementos esenciales de la violencia sexual:

- En primer término, el elemento de la *violencia*, que como pudo verse, en muchos tipos penales es un ingrediente normativo, a la luz del artículo 212 A del Código Penal, lleva ínsito el elemento de la fuerza, ya sea en su variante física o psicológica, o la mera amenaza en el uso de la fuerza. Dado el abanico de reacciones con que la víctima puede manifestarse frente a la fuerza, no es posible, y esa es precisamente la esencia de este segmento de la norma, construir reglas de experiencia basadas en que la falta de resistencia al ataque o el silencio puedan significar el asentimiento de la víctima a la agresión sexual del que es sujeto pasivo. La regla de la experiencia se ha entendido como un juicio que no es sensorial, que no es perceptible por los órganos de los sentidos, y en esta dirección, se trata de “tesis hipotéticas que expresan las consecuencias que cabe esperar a partir de determinados presupuestos” (Parra, 2007: 81). Proceden de la experiencia, y provienen de otros casos particulares de las que se han inducido, y tienen la pretensión de aplicarse a otros nuevos casos (Parra, 2007).

Asimismo, tampoco podrán construirse reglas de experiencia determinadas en algún gesto o palabra de la víctima, pues, si como se trata en la violencia sexual, en la que media siempre el componente de ejercicio de la fuerza por parte del agente, mal puede aseverarse que la víctima consiente libremente en el ataque sexual, que siempre estará mediado por su desaprobación.

Esta regla tiene la utilidad adicional de evitar que los procedimientos penales en estos casos se conviertan en auscultar la vida íntima de las víctimas, convirtiendo en objeto de debate su pasado, su orientación sexual, su oficio, su condición de mujer, y otras circunstancias que pretendan culpabilizar a la víctima por el ataque sufrido.

- En segundo término, el funcionario judicial debe estar atento en evitar que la práctica de pruebas se convierta en una diligencia que permita la discriminación por cualquier razón en contra de la víctima, no solamente ante la solicitud

probatoria, desde la que difícilmente podrá establecerse que fomenta algún tipo de discriminación contra el ofendido, sino la atención en la práctica de las diligencias, por ejemplo en el testimonio de la víctima, pues puede suceder que se aproveche el interrogatorio cruzado del testigo o el segundo redirecto para formular preguntas que tiendan al establecimiento de criterios discriminatorios y alusivos a los criterios sospechosos ya mencionados de la orientación sexual, el sexo, el oficio o la vida íntima de la víctima.

Se trata por supuesto de un justo equilibrio, pues el funcionario debe enfrentar, de una parte, la legitimidad de estas restricciones probatorias, pero al mismo tiempo, preservar las garantías de la presunción de inocencia, la libertad probatoria, la sana crítica en la valoración de las pruebas y la autonomía judicial.

Las reglas probatorias del artículo 19 de la Ley 1719 de 2014

Al tenor del artículo 19 de la Ley 1719 de 2014, se tiene que:

Sin perjuicio de los principios de la libertad probatoria, de la presunción de inocencia y la autonomía judicial y demás principios previstos, entre otros, en el artículo 7o del Código de Procedimiento Penal, los funcionarios competentes podrán tener en cuenta las siguientes recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual, sin perjuicio de la utilización de otros criterios dirigidos a garantizar la debida diligencia en la investigación y Juzgamiento:

1. No se condicionará la determinación de la ocurrencia del hecho de violencia sexual a la existencia de prueba física.
2. La ausencia de rastros de espermatozoides, fluidos, ADN, o lesiones en el cuerpo de la víctima, no es razón suficiente para concluir la no ocurrencia de la conducta.
3. La utilización de preservativo por parte del presunto agresor, no permite inferir el consentimiento por parte de la víctima.
4. El hallazgo del himen entero en la víctima no es razón suficiente para concluir la no ocurrencia de la conducta.

5. Se atenderá al contexto en que ocurrieron los hechos criminales y los patrones que explican su comisión, especialmente aquellos que ocurren en el marco del conflicto armado. Para este efecto los operadores de justicia podrán acudir a peritajes psicológicos o antropológicos.

6. No se desestimaré el testimonio de la víctima de violencia sexual con ocasión del conflicto armado, en especial cuando se trata de una víctima menor de edad.

7. Se introducirán técnicas de investigación de alta calidad para la obtención de pruebas sin ser degradantes para la víctima y minimizando toda intrusión en su intimidad.

8. Ante la existencia de una víctima con orientación sexual diversa se investigará a profundidad los hechos ocurridos, sin calificarlos a priori como crímenes pasionales o como venganzas personales. La investigación debe garantizar la hipótesis de la existencia del crimen por homofobia (Congreso de la República de Colombia, 2014, Ley 1719 de 2014, artículo 19).

Esta disposición incluye numerosas recomendaciones en materia probatoria, por lo que se hace necesario separar los segmentos normativos:

- En un primer grupo de reglas se hallan aquellas que conforman una tarifa legal negativa en materia de violencia sexual en el conflicto armado, entendiendo esta tarifa como el señalamiento de antemano por parte del legislador del valor que debe conferirse a la prueba (Parra Quijano, 2007): no se condiciona la existencia del hecho a la prueba física, la ausencia de rastros no se tarifa como inexistencia del hecho de violencia sexual, del empleo de preservativo no se puede concluir el consentimiento de la víctima, y del hallazgo del himen entero de la víctima no puede seguirse necesariamente la ausencia del ataque.

Igualmente, impiden la construcción de reglas de experiencia como afirmar que todo ataque constitutivo de violencia sexual ha de dejar marcas físicas, o rastros o fluidos, sostener que el empleo del preservativo significa la anuencia de la víctima, o argumentar que si el himen aparece entero es porque no hubo ataque sexual. Estas reglas serán trascendentales especialmente en la valoración probatoria de la sentencia y

en la decisión del incidente de reparación integral, teniendo en cuenta que la valoración de la prueba impone al fallador el deber legal de sopesar los medios con que cuenta conforme las reglas de la sana crítica, lo que se traduce en el deber de motivar las providencias con base en las pruebas allegadas, y ello es necesario para evitar la arbitrariedad del órgano judicial (Morello, 1991). Así, es el juzgador quien plasmará en el fallo el convencimiento que le ofrezca cada medio probatorio, que se vincula con el principio de necesidad de la prueba, dado que toda decisión judicial debe soportarse en las pruebas ofrecidas y practicadas en el curso de la actuación, obligando así al órgano jurisdiccional a la valoración de cada uno de los medios (Parra Quijano, 2007).

- Se reitera la regla sobre la atención debida al contexto en que ocurrieron los hechos y los patrones de las conductas que, se itera, tienen innegable importancia no solamente en la sentencia, sino en el incidente de reparación integral y en la determinación de la hipótesis de la investigación judicial por parte de la Fiscalía.
- Se incluye la prohibición de desestimar el testimonio de la víctima. Si bien es cierto que sobre el testimonio del ofendido deben aplicarse tal vez con mayor estrictez las reglas de la sana crítica, la mayor o menor veracidad del testimonio de la víctima dependerá de cada caso en concreto, sin que sea dable en ningún caso formular reglas generales, como que la víctima tiene interés en la condena, o que la víctima exagera las circunstancias del ilícito, o similares, pues pueden significar una victimización secundaria. Este es un tema muy sensible sobre todo en aquellos casos en los que la única prueba demostrativa del hecho es el testimonio de la víctima, en los que deberá prestarse una mayor atención a las reglas sobre la apreciación y valoración del testimonio del propio ofendido.
- Se realza la necesidad de implementación de técnicas de alta calidad en la recolección de la prueba, atendiendo a la preservación de los derechos de las víctimas, especialmente de la intimidad, evitando en consecuencia que el recaudo probatorio pueda ser degradante o innecesariamente invasivo para la víctima.

La norma consagra asimismo que no puede ser desestimado el testimonio de la víctima menor de edad. Precisamente, se trata en estos casos de practicar las pruebas atendiendo a los criterios diferenciales en razón de la edad, y algunas otras circunstancias concurrentes que puedan presentarse en los casos concretos (criterios étnicos, de discapacidad, de género, entre otros) respecto de menores de edad víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto. Serán aplicables en estos eventos las demás reglas del ordenamiento en lo relativo a las entrevistas o testimonios rendidos por menores de edad, que en estos casos se dificultarán por la precisa circunstancia de que son las víctimas del delito, lo que podría obstaculizar los procesos de rehabilitación y superación de los eventos traumáticos producidos por la conducta punible.

- Se incluye una regla relativa a las víctimas con orientación sexual diversa, incidiendo la norma sobre los siguientes aspectos: i) evitar la discriminación frente a estas víctimas; ii) evitar los prejuicios relativos a la consideración de que se tratará de venganzas personales o pasionales; iii) deben tenerse en cuenta las circunstancias que rodean el hecho, pues el estado del arte sobre este particular arroja que los crímenes de violencia de género o de violencia sexual contra la población LGTBI son especialmente cruentos, y que se enmarcan en la discriminación frente a las identidades sexuales no hegemónicas.

La victimización secundaria y las disposiciones probatorias respecto de las víctimas de violencia sexual

Estas reglas en materia probatoria contribuyen en la realización de los derechos fundamentales de las víctimas; y asimismo, pretenden proscribir la victimización secundaria, fenómeno que se relaciona con la lesión en las esferas personal, social y afectiva que surge a partir de la actividad del aparato del Estado y sus funcionarios (fuerzas de policía, investigadores, fiscales, jueces, etc.), y que puede traducirse en desinterés por parte del Estado, la morosidad y la ausencia de actividad en la protección de las garantías y la realización de la justicia, e igualmente con procedimientos probatorios repetitivos, cuando no violatorios de derechos fundamentales. La misma burocratización y

especialización de los órganos del Estado incide en esta despersonalización de la causa de la víctima (Maier, 1992). Siendo así, esta victimización surge como consecuencia de la victimización primaria, es decir, aquella causada con el delito, y es por estas razones que se denomina victimización secundaria (Sampedro, 2010).

Por ejemplo, para Eser (1992),

[Las] víctimas de delitos sexuales han sido prácticamente “exprimidas” como testigos, pasando, a veces, de ser víctimas del delito a ser víctimas, incluso, también del procedimiento penal. Por cierto, aún queda por ser escrita una “Historia de la víctima del hecho como víctima del procedimiento” (p. 17).

Estas nociones en torno a la victimización secundaria son de suma importancia cuando se atiende a la necesidad de rehabilitación de la víctima como cometido fundamental del Estado, si es que es su deseo cumplir a cabalidad con el conjunto de derechos de la víctima, dado que “...la inatención y la falta de respuesta oportuna por parte de éste [El Estado] ocasiona nuevas afectaciones y profundiza las ya causadas” (Morales Arias, 2012:1).

De la misma opinión es Echeburúa (2002) cuando conceptúa que

La victimización primaria deriva directamente del hecho delictivo; la secundaria, de la relación posterior establecida entre la víctima y el sistema jurídico-penal (policía, sistema judicial, etc.) o unos servicios sociales defectuosos. El maltrato institucional contribuye a agravar el daño psicológico de la víctima (p.142).

Surge entonces una cruel paradoja en la que, al mismo tiempo que el sistema judicial permite cierta participación de la víctima en el proceso penal, tal intervención puede ser fuente de victimización secundaria, pues existe la percepción de que los organismos de policía y de investigación tienen como cometido esencial la investigación del delito con la finalidad de recabar la prueba inculpatoria, la práctica de la prueba pericial puede fundamentar el cuestionamiento de la credibilidad de la víctima, y los mismos jueces pueden centrar su labor en el mero establecimiento de la inocencia o la culpabilidad de la persona

procesada, dejando de lado las necesidades y los derechos de la víctima.

El citado fenómeno de la victimización secundaria es, además, y con toda seguridad, una de las razones que fomentan la ausencia de denuncias sobre la violencia sexual. La víctima de violencia sexual se desenvuelve en un contexto de miedo a su victimario, afectada profundamente por el impacto físico y psicológico del trauma causado, y además de ello no tiene confianza en el aparato judicial del Estado. Por ello se dice que

las víctimas no denuncian. Y no lo hacen porque tienen una profunda desconfianza en los aparatos de justicia, porque saben que volverán a victimizarlas, porque reconocen que no serán protegidas, porque no cuentan con recursos económicos y porque el acceso a las instituciones judiciales suele ser muy difícil (Wilches, 2010: 88).

Se insiste entonces en que la violencia sexual en el marco del conflicto es un drama con enormes niveles de sub-registro, y que generalmente permanece en la impunidad. Así, se estima que

Los delitos sexuales en Colombia tienen una tasa de impunidad de más del 98 por ciento. Si sólo uno de cada cinco casos de violencia sexual es reportado, y de esos casos, sólo dos de cada 100 son susceptibles de dar lugar a una condena, las posibilidades de ser sancionado tras cometer un acto de violencia sexual son casi nulas (ABColumbia et al., 2013: 15).

En suma, debe tenerse en cuenta que la actividad probatoria en el proceso penal no solamente tiene funciones respecto del funcionario de conocimiento, ya sea en la reconstrucción de los hechos o en la formación del convencimiento, sino que se trata de un escenario en el que se debaten las garantías fundamentales, y no solamente de la persona sometida a proceso, sino las de la propia víctima, que en los casos de violencia sexual puede verse fácilmente revictimizada por las vulneraciones de los derechos a la intimidad o la privacidad, sino también respecto de garantías tales como el debido proceso o el acceso a la administración de justicia, y es por ello que las reglas probatorias vertidas en la Ley 1719 de 2014 se convierten en verdaderos derechos de las víctimas, que impactan en el paradigma de la justicia restaurativa.

Capítulo quinto. Innovaciones en el incidente de reparación integral a favor de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado

El sistema procesal penal de tendencia acusatoria instaurado a partir de la Ley 906 de 2004 contiene elementos que lo diferencian de sus homólogos más puros, siendo uno de ellos la amplia participación de las víctimas en el rito procesal (Corte Constitucional, Sentencia C-260 de 2011, Magistrado Ponente, Dr. Jorge Iván Palacio). Aunque es cierto que el diseño normativo original del Código de Procedimiento Penal ha sido ampliado a partir de las subreglas jurisprudenciales y de la hermenéutica vertida por los pronunciamientos de la Corte Constitucional que han tenido oportunidad de reseñarse, la víctima no ostenta un genuino carácter de parte en el sistema procesal penal colombiano (Gaviria Londoño, 2011), partiendo de la denominación que a ese respecto emplea el código, cual es asignar a la víctima el rol de *interviniente* (Título IV de la Ley 906 de 2004, artículos 113 y siguientes), enriqueciéndose con el calificativo de *interviniente especial* por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Con todo, a partir de la Sentencia C-454 de 2006, se establecen las siguiente reglas hermenéuticas: la víctima ocupa un papel protagónico en el proceso, independientemente del calificativo que se le atribuya (sujeto procesal o interviniente especial), y los derechos de los sujetos que intervienen en el proceso se hallan determinados por los preceptos constitucionales, las fuentes internacionales acogidas por el orden interno y la jurisprudencia constitucional.

De otra parte, y atendiendo a la naturaleza del sistema penal acusatorio, estimó la Corte en dicho fallo que el proceso penal colombiano no puede asimilarse a un sistema acusatorio puro, sino que tiene rasgos típicos del mismo, pero pone acento en otras características, como la realización de los derechos fundamentales de las víctimas, con prescindencia de su participación como sujeto procesal o como interviniente especial.

La negación de la calidad de parte a la víctima pretende reforzar el carácter adversarial del sistema acusatorio colombiano, lo que ha engendrado no pocas desavenencias y críticas desde el sector doctrinal, pues se estima que ello tiene un considerable impacto negativo en la realización efectiva de los derechos de las víctimas (Sampedro, 2010, Gaviria, 2011, Bernal y Montealegre, 2013). Con todo, y atendiendo a la finalidad de equilibrar los intereses de la víctima, el sistema ha diseñado el incidente de reparación integral como el escenario idóneo para debatir la existencia del perjuicio, su monto y los aspectos relativos a los derechos del ofendido de carácter no pecuniario (artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004).

En orden a la obtención de justicia material, es correlato necesario de la creación de figuras delictivas, el afianzamiento de mecanismos que posibiliten no solamente la aplicación efectiva de los tipos penales y las correspondientes sanciones, sino el acceso a la administración de justicia, que permita la realización de los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación integral (Corte Constitucional, Sentencia C-286 de 2014). Estas necesidades se agudizan cuando se trata de conductas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, pues estos comportamientos adolecen de un marcado subregistro y de la impunidad, como ya se ha acotado.

De otro lado, es necesario tener en cuenta que del contexto de los instrumentos internacionales se desprende el deber de los Estados de contar con un recurso judicial efectivo para atender los requerimientos de las víctimas y la realización de sus derechos. Así, no pueden dejar de mencionarse:

- La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 consagra en sus artículos 8.º y 10º que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales para la protección

de sus derechos fundamentales y a ser oída públicamente, en condiciones de igualdad, por un tribunal para la determinación de sus derechos.

- La Declaración sobre los *Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. De acuerdo con este instrumento, “Las víctimas tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985). Asimismo, que se requiere que

[...]las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio de los del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985).

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho de todas las personas a acudir a los procesos judiciales para ser escuchadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, para la determinación de sus derechos y obligaciones. Insiste además en el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes. Igualmente, el acceso a la justicia (artículo 8.1), y la protección judicial (artículo 25), mediante el derecho del recurso judicial efectivo.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14 establece la igualdad ante los tribunales y las cortes para acceder a la justicia y ser escuchadas a fin de determinar sus derechos.

El incidente de reparación integral es una figura novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano, pues los sistemas procesales anteriores conferían a la víctima la función de sujeto procesal (es por ejemplo, lo que acontece en la Ley 600 de 2000, vigente aún en el medio patrio), que hacía su entrada a la relación procesal a partir de la presentación de la demanda de constitución en parte civil (artículo 48 y siguientes de la Ley 600 de 2000), y la decisión sobre la declaración y condena en perjuicios se realizaba en la sentencia (artículo 56 de la Ley 600 de 2000), por lo que evidentemente carecía de objeto un trámite incidental.

Por el contrario, en la dinámica del actual Código de Procedimiento Penal, la decisión judicial que se contiene en la sentencia no se pronuncia sobre la existencia ni mucho menos la condena en perjuicios, por el citado carácter adversarial, y por ello el marco decisional del juez tiene como norte principal la condena o absolución del acusado, y es cuando se acusa la necesidad del trámite incidental, como espacio anejo al proceso penal ordinario, con el objeto de que se demuestre el perjuicio, se aporten y practiquen pruebas sobre el mismo, y se arribe a una decisión judicial sobre el particular.

Por estas razones, atendiendo a los principios procesales, el incidente de reparación integral es un mecanismo de justicia restaurativa (Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 2014, Magistrado Ponente, Dr. Jorge Iván Palacio). Frente a dicha calidad, la Ley 1719 de 2014 pretende reforzar los contenidos del incidente, y para ello creó una regulación especial para las víctimas de violencia sexual en desarrollo del conflicto armado. Con todo, antes de analizar en detalle las innovaciones procesales aparejadas para el trámite incidental, es necesario bosquejar en líneas muy generales el instituto, e indicar además, que aun cuando de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia constitucional, la víctima cuenta con diversas posibilidades de intervención procesal, no es este escrito el lugar para determinar ese marco de participación, y se centrará en el trámite incidental.

Se tiene que en el marco de la Ley 906 de 2004, el trámite incidental en comento es el principal mecanismo con que cuentan las víctimas para acceder a la administración de justicia en materia procesal penal (Aponte Cardona, 2011). Además del acceso a la justicia, el incidente tiene la virtualidad de garantizar los derechos a un recurso judicial efectivo, la tutela judicial efectiva, e irradia los contenidos de la igualdad y la dignidad humana, desde el núcleo de garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, teniendo en cuenta además la relación jurídico-procesal que se conforma entre el condenado y la víctima. Al decir de la doctrina procesalista, “un hecho humano dañoso que tenga en el orden jurídico positivo una previsión generadora de sanción, nace entre el titular del derecho protegido (sujeto pasivo-víctima-damnificado) y el responsable del evento (sujeto activo-victimario), en función de

la norma violada, una relación jurídica sustancial que aspira a ser reconocida, en el caso concreto, por una sentencia judicial” (Moras Mom, 1996: 14).

Sus notas distintivas son las siguientes:

i) Su procedencia se condiciona a la sentencia condenatoria en firme (Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2011, Magistrado Ponente, Dr. Mauricio González Cuervo);

ii) Materialmente, debe demostrarse la existencia de un daño cierto (Corte Constitucional, Sentencia C-409 de 2009, Magistrado Ponente, Dr. Juan Carlos Henao);

iii) En las etapas procesales anteriores al incidente, el acusador y la víctima han de hacer causa común, con ciertas excepciones, pero en el incidente de reparación integral, se activan potestades autónomas a favor de la víctima, especialmente la presentación de una pretensión y el aporte de pruebas, toda vez que “el incidente constituye una primera oportunidad judicial como posición jurídica definitiva para hacer efectivo el derecho a la reparación integral de la víctima...” (Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-059 de 2010);

iv) El objeto jurídico del incidente trasciende la mera reparación económica, y se extiende a las “acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas” (Márquez Cárdenas, 2007: 206).

La regulación del incidente tiene cabida en los artículos 102 a 108 del actual Código de Procedimiento Penal, y la legitimación en su iniciación parte de la víctima, ya sea por sí misma (directamente), o por el fiscal o el agente del Ministerio Público, siempre a instancia de la víctima (indirectamente). Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 1719 de 2014, los artículos en cita regulaban cualquier incidente de reparación integral incoado en el sistema penal acusatorio colombiano. No obstante, como se anunció, el legislador de 2014 introdujo varianzas en su ejercicio, que corresponde determinar.

Como se estableció, con el incidente se pretende la garantía de diversos derechos fundamentales, y en este sentido, la atención del legislador de 2014 se centró en el acceso a la justicia, y por ello no es gratuito que desde el mismo título de la norma y su artículo 1.º se indique que se trata de medidas tendientes a “garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado” (Congreso de la República de Colombia, Ley 1719 de 2014, artículo 1.º). Se evidencia en consecuencia el esfuerzo de la norma por convertir el incidente en un verdadero recurso efectivo contra las violaciones de Derechos Humanos causadas por la violencia sexual en el conflicto colombiano, siendo el recurso de tal calificativo aquel que es capaz de reivindicar los derechos ante un órgano independiente e imparcial, con el fin de que se reconozca la violación, se cese en su ejercicio si continúa, y se repare adecuadamente a la víctima (Comisión Internacional de Juristas, 2009).

Ahora bien, debe hacerse claridad en torno al siguiente punto: la normativa contenida en la Ley 1719 de 2014 relativa al incidente de reparación integral, no deroga las normas pertinentes en el Código de Procedimiento Penal (artículos 102 a 108), sino que aquellas encuentran aplicabilidad solamente en los casos de incidentes de reparación integral que tengan que ver con víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado interno.

Así las cosas, se tiene que las modificaciones que sufrió la regulación del incidente de reparación integral es una manifestación del seguimiento de los criterios previstos en los instrumentos internacionales, la Constitución Nacional y la jurisprudencia constitucional, especialmente respecto de: i) la superación del paradigma de la justicia retributiva a favor del paradigma de la justicia restaurativa, reforzando la regulación de un mecanismo que tiene como objeto la realización de los derechos de las víctimas; ii) la consideración de que, siendo la violencia sexual en el marco del conflicto una grave violación de los derechos humanos, que representa una enorme lesividad para la sociedad en conjunto, se hace indispensable enriquecer el incidente, y aumentar sus probabilidades de éxito, en orden a la restitución al *statu quo ante* de la víctima y la reconstrucción del tejido social que genera la reparación integral (García-Pablos de Molina, 1999).

Por las anteriores razones, y descendiendo a los desarrollos de la Ley 1719 de 2014, el subgrupo normativo de interés para este apartado es el Capítulo VI de la norma (artículos 25–29), que se considera una de las modificaciones más trascendentales en materia de violencia sexual en el conflicto armado, por la envergadura de los intereses que se discuten en el incidente y porque, como se verá, representa una ampliación del conjunto de derechos y garantías de las víctimas en la prosecución de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Es lugar entonces para analizar detalladamente las modificaciones sufridas en la regulación del trámite incidental.

En cuanto a la legitimación por activa

De acuerdo con la doctrina, la legitimación por activa se entiende como “la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que inicie la tramitación del juicio o de una instancia” (Díaz, 2000: 199). Esta potestad relativa a la activación del aparato judicial para que se pronuncie de fondo sobre el incidente sufrió varianza a partir de la Ley 1719 de 2014. En efecto, con anterioridad a la expedición de la norma, existían dos posibilidades en torno a la legitimación por activa:

- Al tenor de lo previsto en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, el incidente puede iniciarse directamente por la víctima (iniciación directa), o por el fiscal o el agente del Ministerio Público, a instancia de la víctima (iniciación indirecta).
- A voces del artículo 197 de la Ley 1098 de 2006, la iniciación del trámite incidental procede de oficio cuando se trata de víctimas menores de edad.

Pues bien, lo que ocurre en vigencia de la Ley 1719 de 2014 es que la legitimación por activa se extiende por vía directa al fiscal, ya que el numeral 1.º del artículo 27 de la Ley 1719 de 2014 establece que

Si la víctima directa no puede ser ubicada dentro del término legal previsto para iniciar el incidente de reparación integral, el fiscal deberá solicitar su inicio dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término dispuesto en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 86 de

la Ley 1395 de 2010 (Congreso de la República de Colombia, 2014, Ley 1719 de 2014, artículo 27).

La razón de ser de esta ampliación de la legitimación tiene que ver con la consideración frente a las víctimas de la violencia sexual, pues en muchos casos las víctimas no acuden al proceso por temor a las represalias, o para no revivir la experiencia traumática causada con el delito, lo que genera en no pocos casos el deseo de no confrontar al agresor, máxime cuando el sistema puede generar victimización secundaria (Echeburúa et al., 2002).

Así las cosas, si la víctima no concurre al proceso, no podría iniciarse el trámite incidental –a menos que se trate de una víctima menor de edad–, y es precisamente en la superación de este bache que incide la regulación de la Ley 1719 de 2014, al permitir que directamente el fiscal tenga legitimación en la iniciación del incidente de reparación integral.

Esta extensión de la legitimación se complementa con el dictado del artículo 27, numeral 1.º, *in fine*, de la Ley 1719 de 2014, de acuerdo con el cual el fiscal debe comunicar a la Defensoría del Pueblo la iniciación del incidente, con la finalidad de que se designe un representante judicial para las víctimas.

La normativa de la Ley 1719 de 2014 soluciona asimismo la hipótesis en que la víctima es menor de edad, cuestión necesaria toda vez que uno de los sectores de la población protegidos especialmente contra la violencia sexual son los niños, niñas y adolescentes. En estos casos, el numeral 2.º del artículo 27 indica que en los eventos de menores de edad que carecen de representación legal o cuyo representante se abstiene de dar inicio al incidente, debe citarse al Ministerio Público, al Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al representante de las víctimas designado por la Defensoría del Pueblo.

Asimismo, y acudiendo a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, en los casos de menores de edad víctimas de violencia sexual, la iniciación del incidente de reparación integral puede realizarse oficiosamente, por parte del fallador, conforme lo previsto en el ya citado artículo 197 de la Ley 1098 de 2006. Por tanto, si la víctima de la violencia sexual es menor

de edad, la regla de legitimación por activa en la iniciación del incidente tiene las siguientes posibilidades: i) el representante legal de la víctima; ii) el fiscal, si es que el menor carece de representante legal o este se abstiene de iniciar el incidente; iii) el juez, oficiosamente, dando aplicación al artículo 197 de la Ley 1098 de 2006.

En este sentido, de acuerdo con la dogmática procesal, antes de la vigencia de la Ley 1719 de 2014, el principio aplicable en materia de iniciación del trámite incidental es el principio dispositivo, toda vez que la regla general es la iniciación por parte de la víctima o a instancia de esta. Así, en suma, la relevancia de la modificación radica en que se erige en una excepción al principio dispositivo, visto como está que la legitimación se extiende al fiscal e inclusive al propio juez.

Surge de esta forma el cuestionamiento de las razones por las que ha de alterarse el principio dispositivo en estos casos, apareciendo diáfano que dado que se trata de graves violaciones a los Derechos Humanos, en un conflicto armado que afecta las múltiples esferas de la convivencia humana e incide negativamente en el conjunto de garantías de los asociados, es necesario que las herramientas procesales ensanchen la legitimación, sobre todo en una forma de criminalidad en la que, como se ha visto, son tan evidentes el subregistro y la impunidad, las posibilidades de victimización secundaria son tan altas, y es bastante probable el temor de la víctima de concurrir al proceso, cuando además será factible que se trate de desconocimiento de la normativa que le permitiría ejercer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.

En cuanto al saneamiento de las pretensiones

El artículo 103 del Código de Procedimiento Penal consagra las posibilidades de rechazo de la pretensión por parte del juez de conocimiento, que tienen lugar cuando: i) la pretensión no se promueve por parte de la víctima; ii) si se encuentra demostrado el pago efectivo de los perjuicios, claro está, si es que esta es la única pretensión formulada, pues recuérdese que la víctima puede iniciar y proseguir el incidente buscando la realización de los derechos a la verdad, la justicia, o medidas de rehabilitación, restitución y garantías de no repetición.

Con la vigencia de la Ley 1719 de 2014, el marco de posibilidades mediante las cuales el juez puede inadmitir la pretensión se amplía, pues en seguimiento del numeral 3.º del artículo 27 de la Ley 1719 de 2014, las pretensiones que se formulen deben reunir los criterios diferenciales y los criterios de reparación integral, que en caso de no ser llenados, fundamentan la inadmisión de la pretensión, y el juez, consecuentemente, debe permitir la adición de medidas complementarias por parte del representante judicial de las víctimas.

Haciendo una nueva remisión a la dogmática del Derecho procesal, se observa claramente que se trata de una facultad de saneamiento del fallador, tendiente a evitar el fracaso del incidente a causa de la incorrecta formulación de la pretensión, o que la misma no incluya los correlativos criterios diferenciales y de reparación integral, que menoscabe las necesidades de justicia restaurativa, con lo que se refuerza la necesidad de hacer del incidente un recurso judicial efectivo, sobre todo cuando la pretensión trasciende el mero interés económico.

Es interesante observar además que la sistemática del actual Código de Procedimiento Penal restringe muchas facultades del juez, en razón de la naturaleza de sistema de partes que ilumina el sistema acusatorio colombiano, que, no obstante, requiere de excepciones en algunos casos, atendiendo al cumplimiento de finalidades superiores, en este evento, los derechos de las víctimas a la administración de justicia, el recurso judicial efectivo, la tutela judicial efectiva, ello sin contar, naturalmente, los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Las facultades judiciales oficiosas que se comentan representan además, una excepción al principio dispositivo, toda vez que, de hecho, corresponde al actor la tarea de fundamentar correctamente la pretensión, acorde con las normas que regulan el incidente. Es decir, que corresponde al actor basar la pretensión de acuerdo con los criterios diferenciales y de reparación integral. La omisión en el cumplimiento de este deber acarrea, *prima facie*, el fracaso de la pretensión.

No obstante, numerosos principios coadyuvan en una interpretación diferente de la norma: i) la prevalencia del derecho

sustancial por sobre las formalidades o ritos procesales; ii) la necesidad de medidas de protección por parte del aparato judicial del Estado, en este caso, contribuyendo al saneamiento de la pretensión; iii) la gravedad del atentado en los casos de violencia sexual, por constituir violaciones de los Derechos Humanos, que justifican la excepción al principio dispositivo; iv) la búsqueda de un recurso judicial efectivo, evitándose que el incidente fracase a causa de una pretensión incorrectamente formulada.

En cuanto a la limitación de las facultades conciliatorias de la víctima

La regulación del incidente de reparación integral prevista en el Código de Procedimiento Penal es pródiga en el ofrecimiento de oportunidades procesales para la conciliación, con miras a emplear los mecanismos alternativos de solución de conflictos, lo que se justifica cuando se trata del ejercicio de pretensiones reparatorias de carácter económico, casos en los que es natural que el sistema permita una mayor disposición de la pretensión por parte del ofendido. En este sentido, consigna el artículo 103, *in fine*, de la Ley 906 de 2004:

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba (Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, artículo 103).

Con todo, cabe preguntar lo que sucede en torno a las pretensiones que carecen de un contenido económico, o en los que el resarcimiento económico es indirecto, como la realización de los derechos a la verdad, la justicia, o las garantías de rehabilitación y no repetición, por consignar unos ejemplos. Pues bien, respecto de este tipo de pretensiones, y cuando se trata de víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado, la Ley 1719 de 2014 prevé la restricción de las facultades conciliatorias del ofendido, de acuerdo con lo plasmado en el numeral 4.º del artículo 27 de la norma en

comento. Así, en estos eventos, solamente son conciliables las medidas indemnizatorias, pero no así las medidas de restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición.

Con estas limitantes, aparece claro que el interés del legislador es múltiple: de una parte, fomentar la realización efectiva de las medidas que carecen de contenido económico, pero que al mismo tiempo constituyen garantías fundamentales de las víctimas. De otra parte, la reforma entiende las medidas no indemnizatorias como trascendentes más allá de la esfera de la víctima, esto es, al modo de un interés público. Ello se compagina con el entendimiento en el concierto de instrumentos internacionales y de Derecho interno en el sentido de que las medidas de restitución, reparación, satisfacción, rehabilitación y no repetición se dirigen no solamente a la víctima sino al conglomerado social.

En cuanto a la concesión de facultades *extra y ultra petita* al juez de conocimiento

Para la comprensión de este aspecto, debe comenzar por considerarse el principio de congruencia. De acuerdo con Devis Echandía (1966),

Se entiende por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido y alcance de las resoluciones judiciales que deben proferirse a instancia de parte y de acuerdo con el sentido y alcance de tal instancia, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones (en sentido general) y excepciones de los litigantes, oportunamente aducidas, a menos que la Ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas (p. 536).

Para Tarigo (1998), debe remarcarse la identificación entre las pretensiones y el fallo, cuando apunta que la congruencia se comprende como

una relación entre dos términos: uno de los cuales es la sentencia misma y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso; no, por lo tanto la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en

cuenta todos los elementos individualizantes de tal objeto: los sujetos que en el figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila (p. 186).

En suma, dado el principio de congruencia, el juez, por regla general, no puede apartarse de lo pedido, y por tales motivos *prima facie*, se niegan las facultades *extra* y *ultra petita* en la sentencia. Pese a este entendimiento, en materia del incidente de reparación integral respecto de las víctimas de violencia sexual, el principio de congruencia se debilita, y se permiten las referidas facultades *extra* y *ultra petita* en cabeza del juez fallador del incidente.

Es tal el mandato del numeral 5.º del artículo 27 de la Ley 1719 de 2014 cuando ordena que el juez puede incluir medidas de reparación, rehabilitación, satisfacción y no repetición cuando aparezcan como necesarias de acuerdo con los hechos probados, aunque no hayan sido solicitadas en el pretensión que debe resolverse en el incidente, aplicando por supuesto, los criterios de reparación integral y los criterios diferenciales necesarios para el caso concreto. La disposición se complementa con lo consignado en el artículo 28 de la Ley 1719 de 2014, pues de acuerdo con esta norma, el juez puede ordenar las medidas de reparación que aparezcan como necesarias, aunque no hayan sido invocadas por el solicitante.

En el entendimiento de estos nuevos deberes del juez ha de tenerse en cuenta la Sentencia C-591 de 2005, con ponencia de la Dra. Clara Inés Vargas Hernández, fallo en el que se recuerdan como características esenciales del sistema acusatorio el acento en las garantías del procesado, pero asimismo, la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. De esta forma, la función del juez no se limita a la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino que debe ser guardián de las garantías tanto del procesado como de la víctima.

En el sentido apuntado, es clara la novedad respecto de la regulación original del incidente de reparación integral prevista en el Código de Procedimiento Penal, pues en ella, el juez debe atenerse a lo solicitado por la víctima en el ejercicio de la pretensión, sin que se consagre a favor del juez facultad alguna con el carácter de *extra* y *ultra petita*.

Estos poderes no se conceden con ligereza, sino que han de complementarse con los deberes del juez previstos en el artículo 25 de la Ley 1719 de 2014, de quien se demanda, de una parte, el reconocimiento e identificación de las víctimas directas e indirectas del delito, y la determinación e individualización de los perjuicios de toda índole que hubieren sido causados con la conducta delictiva, aplicando para ello los criterios diferenciales, ya sean etarios, étnicos, de orientación sexual o expresión de género, o la condición de discapacidad de la víctima.

Así las cosas, con la excepción al principio de congruencia de que trata este apartado, se intensifica el interés del legislador por la protección de los derechos de las víctimas de eventos de violencia sexual en el marco del conflicto armado.

En cuanto al término de caducidad

Atendiendo a las previsiones del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, a partir de la firmeza de la sentencia condenatoria, el incidentante cuenta con el término de treinta días para dar inicio al trámite. Ahora, en el evento de víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, el plazo puede verse ampliado, atendiendo a las siguientes razones: i) la suma de los plazos previstos para la citación del agente del Ministerio Público y el representante judicial de las víctimas que al efecto designe la Defensoría del Pueblo; ii) el plazo que el juez concede en el evento del saneamiento de las pretensiones, cuando las mismas desconocen los criterios de reparación integral y los criterios diferenciales, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6.º del artículo 27 de la Ley 1719 de 2014.

En cuanto al deber de diligencia del fiscal y el representante judicial de las víctimas

La debida diligencia no es solamente un deber de los servidores públicos y de los intervinientes en el proceso penal, sino que se erige en una garantía para la víctima. A tono con los instrumentos internacionales sobre la materia, la debida diligencia es una verdadera obligación de carácter internacional. En seguimiento de este criterio, el Estado debe prestar todos los medios disponibles para que las violaciones a los Derechos

Humanos sean reguladas normativamente como ilícitos, que se sancionen efectivamente dichas violaciones y que se procure en todo caso la indemnización a las víctimas (Organización de las Naciones Unidas, 2006). A su turno, la Ley 1719 de 2014, con la finalidad de fortalecer el cumplimiento de esta diligencia, consagra en el parágrafo 1.º del artículo 13: “Los funcionarios públicos que en el desarrollo del proceso penal o cualquier otro tipo de actuación jurisdiccional o administrativa incumplan sus obligaciones respecto de la garantía de los derechos de las víctimas de violencia sexual, responderán ante los Tribunales y Juzgados competentes, y ante las autoridades disciplinarias por dichas conductas”.

De manera específica, y tratándose del fiscal y del representante judicial de las víctimas se entroniza como deber jurídico de estos sujetos procesales la evitación de omisiones en la solicitud de las medidas de indemnización, restitución, satisfacción, rehabilitación o garantías de no repetición, y de suceder, estas negligencias constituirán falta disciplinaria, conforme lo previsto en el Código Disciplinario del Abogado, a voces del parágrafo 1.º del artículo 27 de la Ley 1719 de 2014.

Con estas medidas se pretende afinar el deber de diligencia y evitar la morosidad que redunde en el desmedro de los derechos de las víctimas, y por ello las disposiciones en cita se acompañan con lo descrito en el parágrafo 2.º del artículo 27 de la misma ley, cuando sostiene que

La Defensoría del Pueblo establecerá criterios de selección e implementará programas de formación especializados y continuos para los representantes judiciales de víctimas, con el fin de garantizar que este servicio sea suministrado a través de personal idóneo y con conocimiento suficiente sobre los derechos humanos de las mujeres, de las niñas, los niños y adolescentes, sobre el enfoque diferencial, y sobre los mecanismos para garantizar plenamente los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación integral.

El parangón entre la regulación del incidente de reparación integral de acuerdo con las reglas generales de los artículos 102 a 108 de la Ley 906 de 2004 y la normativa propia del incidente respecto de las víctimas de violencia sexual en el contexto del conflicto armado puede apreciarse en la siguiente tabla:

Tabla 2. Regulación del incidente de reparación integral.

Aspecto de relevancia	Trámite incidental en la redacción original de la Ley 906 de 2004	Trámite incidental para las víctimas de violencia sexual en el conflicto armado
Legitimación por activa en la iniciación del incidente	<p>–Iniciación por parte de la víctima –directamente– (Artículo 102 de la Ley 906 de 2004)</p> <p>–Iniciación por parte del Fiscal o el Agente del Ministerio Público a instancia de la víctima –indirectamente– (Artículo 102, <i>éjusdem</i>)</p> <p>–Iniciación oficiosa por el juez en los casos de víctimas menores de edad (Artículo 197 de la Ley 1098 de 2006)</p>	Las mismas hipótesis reseñadas, a las que se añade la iniciación directa del incidente por parte del Fiscal, cuando la víctima no puede ser ubicada dentro del término legal (numeral 1.º del artículo 27 de la Ley 1719 de 2014)
Saneamiento de las pretensiones	La pretensión se rechaza: i) si quien la promueve no es víctima; ii) si se encuentra acreditado el pago de los perjuicios (Artículo 103 de la Ley 906 de 2004)	Las mismas hipótesis reseñadas, a las que se añade: i) la pretensión debe reunir los criterios diferenciales y de reparación integral, o de lo contrario se inadmiten; ii) en consecuencia, el juez debe permitir la adición de medidas
Facultades conciliatorias de la víctima	Admitida la pretensión se ofrece la posibilidad de conciliación. De no lograrse, se fija nueva fecha para audiencia en la que se intentará nuevamente la conciliación (Artículo 103 de la Ley 906 de 2004)	Se restringe la conciliación únicamente a las medidas indemnizatorias, impidiéndose la misma respecto de las medidas de satisfacción, rehabilitación, garantías de no repetición (numeral 4.º del artículo 27 de la Ley 1719 de 2014)
Facultades <i>extra petita</i> y <i>ultra petita</i> del juez	No se hallan reguladas en el trámite incidental de la Ley 906 de 2004	El juez puede incluir medidas de reparación, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, siempre que aparezcan como necesarias
Término de caducidad del incidente	La oportunidad para iniciar el incidente caduca después de treinta (30) días después de la firmeza del fallo condenatorio (artículo 106 de la Ley 906 de 2004)	Deben sumarse los plazos previstos para la citación del agente del Ministerio Público y el representante judicial de las víctimas de la Defensoría del Pueblo, y el plazo que el juez concede para el saneamiento de las pretensiones, cuando las mismas no reúnen
Debida diligencia del fiscal y del representante judicial de las víctimas	No se regula en el caso específico del incidente de reparación integral. Debe acudirse a los criterios de diligencia previstos para los deberes de las partes e intervinientes y sus apoderados	Se consagra expresamente la debida diligencia. El fiscal y el representante judicial de las víctimas no deben incurrir en omisiones respecto de la solicitud de las medidas de indemnización, restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, so pena de sanción disciplinaria (parágrafo 1.º del artículo 27 de la Ley 1719 de 2014)

Conclusiones

La degradación del conflicto conduce a la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de los asociados, generando incontables víctimas. Frente a ello, el ordenamiento jurídico debe potenciar los instrumentos normativos que conduzcan a evitar el surgimiento de nuevas víctimas, y frente a las existentes, procurar la realización de los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Esta problemática del resarcimiento de los derechos de las víctimas se enmarca en el tránsito del paradigma de la justicia retributiva hacia el paradigma de la justicia restaurativa, como tuvo oportunidad de decantarse en este escrito. De acuerdo con Sampedro Arrubla (2008), “se ha llegado en el ámbito internacional, a un consenso general en la necesidad de considerar a las víctimas del delito como parte principal, junto al victimario y en igualdad de condiciones, de la política criminal de los Estados” (p. 24).

Este nuevo entendimiento del papel de la víctima amerita la realización del paradigma de la justicia restaurativa en el caso de la violencia sexual en el marco del conflicto armado. En primer término, porque se trata de un fenómeno real que ha cobrado innumerables víctimas en la confrontación. En segundo término, toda vez que el contexto de los instrumentos internacionales que conforman bloque de constitucionalidad, la Constitución y los desarrollos jurisprudenciales han evidenciado la atención que requieren las víctimas, y el necesario deber del Estado de desplegar las actuaciones que se encuentren a su alcance, en orden a la proscripción de la violencia sexual.

Teniendo en cuenta estos presupuestos, la consecuencia obligada es aceptar que respecto de la violencia sexual en el conflicto armado, es indispensable el robustecimiento del conjunto de garantías que les asisten a las víctimas de estos hechos, que para efectos de este escrito se centraron en:

- El análisis dogmático de los tipos penales creados en virtud de la Ley 1719 de 2014, que enriquecieron esencialmente el bien jurídico de los Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, a partir de la concepción de la violencia sexual en el conflicto como un crimen de guerra, e inclusive como un crimen de lesa humanidad.

Como pudo evidenciarse, la creación de estos delitos atiende a la necesidad de mejorar el marco de protección de la población civil frente a los ataques de los actores armados, pues su análisis como crímenes de guerra o de lesa humanidad, según sea el caso, notoria incidencia tendrá en la realización de los derechos de las víctimas.

- El estudio de las hipótesis de la investigación judicial en los casos de violencia sexual en el conflicto armado por parte de la Fiscalía General de la Nación, como componente obligado del plan metodológico de la investigación criminal, ya que como pudo analizarse, este aspecto tiene notoria influencia en la declaratoria de crimen de guerra o de lesa humanidad, distinguiendo en consecuencia las hipótesis en las que la violencia sexual opera como un delito común, de lo que depende en buena medida la realización de los derechos de las víctimas.

Sin una investigación exhaustiva por parte del ente acusador, que tenga en cuenta el contexto en que ocurren los hechos, la participación de aparatos organizados de poder, o la política de grupo armado organizado respecto de la violencia sexual, es mucho más ardua, sino imposible, la realización de los derechos de las víctimas y la superación de la impunidad.

- El análisis de los aspectos probatorios en materia de violencia sexual en el conflicto armado, que como pudo verse, tiene relación directa con el conjunto de garantías fundamentales,

especialmente el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la igualdad, la no discriminación, la tutela judicial efectiva, entre otros derechos, y que se centra especialmente en dos tareas: a) que el recaudo, la práctica y la valoración probatoria no se conviertan en espacios de violación de los derechos fundamentales de las víctimas; b) la proscripción del fenómeno de la victimización secundaria en las fases probatorias atinentes a la violencia sexual, que tradicionalmente han sido empleadas para escudriñar la vida sexual de la víctima, cuando no de culpabilizarla por lo sucedido.

- El examen de las notas dominantes del incidente de reparación integral a partir de la vigencia de la Ley 1719 de 2014. Pudo establecerse, como hallazgo principal, que presenta notables variaciones respecto de la regulación tradicional del trámite incidental contenida en la Ley 906 de 2004, en aspectos sobre los que se pretende aumentar el catálogo de derechos de las víctimas de violencia sexual.

Pudo determinarse en este sentido que la nueva normativa del incidente supone la excepción a ciertos principios procesales, especialmente el principio dispositivo y la concesión de facultades *extra* y *ultra petita* al juez de conocimiento, todo ello con la finalidad de convertir al incidente en un verdadero recurso judicial efectivo que permita el resarcimiento de los derechos de las víctimas y que igualmente evite la victimización secundaria, y restrinja las posibilidades de impunidad.

Es claro que se trata de importantes avances normativos, aunque lamentablemente en la práctica se tropieza con fallas del sistema que impiden, las más de las veces, que la realización de los derechos de las víctimas llegue a buen puerto.

Por ejemplo, una de las consecuencias de la crisis de la justicia en Colombia es, por supuesto, el represamiento de las causas que conoce el aparato judicial, que innegable incidencia tiene para la víctima. Los derechos de las víctimas penden, eventualmente, de las decisiones judiciales que se toman en el diligenciamiento procesal. Por tanto, la morosidad, la repetición de las diligencias, entre otros fenómenos, hacen parecer al proceso una sucesión interminable, una espiral eterna, que entre otras cosas, impide

a la víctima la tarea efectiva de duelo de su perjuicio, puesto que se “...congelan los efectos emocionales de los hechos de violencia, en espera de los resultados de las investigaciones y de las decisiones judiciales, toda vez que requieren de la verdad y la justicia para gozar de bienestar” (Morales Arias, 2012: 4).

La satisfacción de los derechos de las víctimas ostenta una relevancia tal, que sus consecuencias trascienden el ámbito meramente normativo, convirtiéndose en un imperativo para procurar la reconstrucción del tejido social y el bienestar de la víctima y de la comunidad en general. Siguiendo a Gilis (2007), puede evidenciarse que la justicia comporta una doble valoración: en primer término, la justicia como valor fundante de la sociedad, o dicho en otros términos, como bien en sí mismo, y de otra parte, la justicia como expresión efectiva de la necesidad de regular las relaciones sociales. En el mismo sentido de la necesidad de justicia desde la perspectiva de la víctima y hacia la comunidad, para García-Pablos de Molina (1999), “desde el punto de la vista de la víctima del delito –y de la comunidad– esto significa que la reparación del daño producido por el hecho criminal se convierte en uno de sus objetivos prioritarios” (p. 225).

A ello ha de sumarse la problemática adicional sobre la reparación, pues se asume que se trata de una mera indemnización de carácter pecuniario. Tal visión debe superarse, en tanto desconoce medidas de rehabilitación, de satisfacción o medidas de no repetición.

Aunque en este trabajo se pretendió dar cuenta de algunos de los avances en materia de inclusión de la víctima en el proceso penal, continúa siendo una paradoja el hecho de que los eventos de violencia sexual conocidos por las autoridades son solamente una mínima fracción de los que realmente sucedieron: en Colombia se presenta una altísima cifra negra de criminalidad en este aspecto. En consecuencia, se ha afirmado que “...los expertos, entre ellos los del Instituto Nacional de Medicina Legal, coinciden en que las cifras oficiales representan sólo una mínima parte de los casos que permanecen sin denunciar” (Galvis, 2009: 9).

Las víctimas más frecuentes de la violencia sexual en el marco del conflicto y de la violencia de género son las mujeres. Tal situación impone una superación del modelo cultural existente, que forme conciencia colectiva sobre la igualdad de género y la proscripción de la violencia sexual en el marco del conflicto armado.

Además de las mujeres, el análisis de la violencia sexual arroja que en el contexto del conflicto las víctimas son grupos vulnerables, como los menores de edad, o la población campesina, lo que evidencia la necesidad de que las autoridades estatales brinden mayor atención y se ofrezca un enfoque diferencial en la prevención y sanción de estas conductas.

Aunque la violencia sexual ha sido siempre inherente a las confrontaciones armadas, aunque la ciencia jurídica, si bien seguramente no podrá impedir la guerra como herramienta en la solución de los conflictos, eventualmente logre minimizar el impacto de las hostilidades contra la población civil, y evitar que, por lo menos, la violencia sexual no siga empleándose como arma de guerra.

Referencias bibliográficas

- ABColumbia, Corporación Sisma Mujer y The U.S. Office on Colombia . (2013). Colombia: mujeres, violencia sexual en el conflicto y proceso de paz. Londres, Inglaterra.
- Aponte, A. (2011). Dinámica de la reparación en el proceso penal especial de Justicia y Paz. El impacto de los incidentes de reparación integral. Recuperado de: http://www.citpaxobservatorio.org/images/stories/Monografico_3_Incidentes_de_reparacin_en_JyP.pdf.
- Arias, F. (2012). El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica. Caracas: Episteme
- Avella, P. (2007). *Programa metodológico en el sistema penal acusatorio. Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Bernal, J. y Montealegre, E. El proceso penal (2013). Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general. Sexta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Blair, E. (2009). Aproximación teórica al concepto de violencia: avatares de una definición. *Política y Cultura*, 32, 9 –33.
- Borja, M. (2003). La prueba en el derecho colombiano. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- Bovino, A. (1992). Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Castro, J. y Aparicio, Juan. (2008). *La investigación criminal y el esclarecimiento de un hecho punible*. Revista Criminalidad, 50 (2), 103–116. Policía Nacional–DIJIN. Bogotá, Colombia.
- Céspedes, L. (2010). La violencia sexual en contra de las mujeres como estrategia de despojo de tierras en el conflicto armado colombiano. *Revista de Estudios Sociojurídicos*, 12 (2), 273–304.
- Coll-Planas, G. et al. (2008). Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género, y entre violencia y agresión. *Papers*, 87, 187-204.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Washington, D.C
- Comisión Internacional de Juristas. (2009). *Manual de observación de procesos penales. Guía para profesionales No. 5*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas.
- Congreso de la República de Colombia. (1991). Constitución Política de la República de Colombia (20 de julio). Gaceta Constitucional No. 116.
- _____ (2000). Ley 599 de 2000 (24 de julio). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097.
- _____ (2000). Ley 600 de 2000 (24 de julio). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial No. 44.097.
- _____ (2004). Ley 906 de 2004 (31 de agosto). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658.
- _____ (2006). Ley 1098 de 2006 (8 de noviembre). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial No. 46.446.

_____ (2014). Ley 1719 de 2014 (18 de junio). Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.186.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-228 de 3 de abril de 2002. Expediente D-3672. Magistrados Ponentes, Dres. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

_____ (2002). Sentencia C-805 de 1 de octubre de 2002. Expediente D-3973. Magistrados Ponentes, Dres. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

_____ (2005). Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005. Expediente D-5415. Magistrada Ponente, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

_____ (2006). Sentencia C-454 de 7 de junio de 2006. Expediente D-5978. Magistrado Ponente, Dr. Jaime Córdoba Triviño.

_____ (2007). Sentencia C-343 de 9 de mayo de 2007. Expediente D-6474. Magistrado Ponente, Dr. Rodrigo Escobar Gil.

_____ (2008). Auto 092 de 14 de abril de 2008. Magistrado Ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____ (2009). Sentencia C-409 de 17 de junio de 2009. Expediente D-7478. Magistrado Ponente, Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

_____ (2010). Sentencia C-059 de 3 de febrero de 2010. Expediente D-7844. Magistrado Ponente, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____ (2011). Sentencia C-250 de 6 de abril de 2011. Expedientes D-8231, D-8232 y D-8240 (acumulados). Magistrado Ponente, Dr. Mauricio González Cuervo.

- _____ (2011). Sentencia C-260 de 6 de abril de 2011. Expediente D-8269. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- _____ (2014). Sentencia C-286 de 20 de mayo de 2014. Expediente D-9930. Magistrado Ponente, Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- _____ (2014). Sentencia C-387 de 25 de junio de 2014. Expediente D-9997. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). Caso Godínez Cruz vs. Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989
- _____ (2001). Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- _____ (2002). Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentencia de 22 de febrero de 2002.
- _____ (2002). Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Sentencia de 27 de febrero de 2002.
- _____ (2003). Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.
- _____ (2005). Caso de La Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.
- _____ (2008). Caso Bayarri vs. Argentina, Sentencia de 30 de septiembre de 2008.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. (2010). Sentencia de 27 de febrero de 2010. Rad. 32.805. Magistrada Ponente, Dra. María del Rosario González.
- Cuarezma, S. (1996). La victimología. En: Picado, S., Cançado, A., Cuéllar, R. (Comp.). *Estudios básicos de Derecho Humanos, Tomo V*, (296-317). San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- Christie, N. (1992). Los conflictos como pertenencia. En: Maier, J. (Comp.). *De los delitos y de las víctimas*, (157-182). Buenos Aires: Ad-hoc.
- Devis, H. (1966). *Nociones generales de Derecho procesal civil*. Aguilar. Madrid, España.
- Díaz, M. (2000). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, México.
- Domenach, Jean-Marie. (1981). *La violencia*. En: *La violencia y sus causas*. Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura. París, Francia.
- Echeberúa, E. (2002). Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. *Psicothema*. 14, 139-146.
- Eser, A. (1992). *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, tendencias nacionales e internacionales*. En: *De los delitos y de las víctimas*. Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina.
- Fiscalía General de la Nación. (2009). *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio*. Fiscalía General de la Nación. Bogotá, Colombia.
- Fontán, C. (1998). *Derecho penal. Introducción y parte general*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Frank, J. (1986). *Sistema acusatorio criminal y juicio oral*. Lerner Editores Asociados. Buenos Aires, Argentina.
- Galvis, M. (2009). *Situación en Colombia de la violencia sexual contra las mujeres*. Corporación Humanas-Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género: Bogotá, Colombia.
- García, A. (1999). *Criminología. Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. Tirant lo Blanch. Valencia, España.

- García, J. (1993). *Las pruebas en el proceso penal colombiano. Parte General*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia.
- Garófalo, R. (1905). *Indemnización a las víctimas del delito. Traducción y estudio crítico por P. Dorado Montero*. La España Moderna. Madrid, España.
- Gaviria, V. (2011). *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio. Cuarta edición*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- _____ (2012). Descubrimiento y solicitudes probatorias por parte de la víctima. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, XXXIII, 94, 13–37. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- González, M. y Delucca, N. (2011). El concepto de violencia: investigación sobre violencia vincular. *Memoria Académica del Tercer Congreso Internacional de Investigación*, celebrado del 15 al 17 de noviembre de 2011. Universidad de la Plata. Buenos Aires, Argentina.
- Hirsch, H. (1992). La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material. En: *De los delitos y de las víctimas*. Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina.
- Huertas Díaz, Omar et al. (2013). Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica*, Vol. 12, No. 23. pp. 81–98. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia.
- Hurtado, J. (2011). Relaciones entre el derecho penal y el derecho civil respecto al delito de hurto en el Código Penal peruano. *Cuadernos de Derecho penal*, 5, 11–34. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia.
- Kronawetter, A. (2003). La situación de la víctima del hecho punible en el proceso penal paraguayo. En: *la víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*. Bertolino, Pedro J. (ed). Rubinzal–Culzoni. Buenos Aires, Argentina.

- Lamas, M. (2000). Diferencias de sexo, género y diferencia sexual. *Cuicuilco*, 7 (18), 1-24.
- Larrauri, E. (1992). Victimología. En: De los delitos y de las víctimas. Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina.
- Leza Betz, D. (2003). El nuevo papel de la sociedad civil organizada en el proceso penal venezolano. La representación de las víctimas del delito. *Revista de la Facultad de Derecho*, 58. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.
- Maier, J. (1992). La víctima y el sistema penal. En: *De los delitos y de las víctimas*. Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina.
- Márquez, Á. (2007). La justicia restaurativa vs. La justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos. Derechos y Valores*. Vol. X, No. 20. Julio-diciembre de 2007. p. 201-212. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia.
- Morales, C. (2012). Violencia sexual contra las mujeres: comprensiones y pistas para un abordaje psicosocial. *Notas en clave de psicología: reflexiones urgentes en torno a la violencia sociopolítica y el malestar ético*. V.1. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- Moras Mom, J. (1996). La acción civil reparatoria y el proceso penal. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Morello, A. (1991). La prueba. *Tendencias modernas*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- _____ (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- _____ (1979). Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).
- _____ (1985). Resolución 40/83.

_____ (1985). Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia Para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

_____ (1993). Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

_____ (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

_____ (2000). Resolución 1325 de 2000.

_____ (2006). La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk.

_____ Resolución 1820 de 2008).

Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”.

_____ (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

_____ (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”.

Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud. (2002). Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud: resumen. Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud. Washington, D.C., Estados Unidos de Norteamérica.

Organización Mundial de la Salud. (2002). Informe mundial sobre la violencia y la salud. Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud. Washington, D.C., Estados Unidos de Norteamérica.

- Pájaro, D. (2002). La formulación de hipótesis. Cinta de Moebio, 15. Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- Palacio, L. (2000). La prueba en el proceso penal. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Parra, J. (2007). Manual de derecho probatorio. Decimosexta edición. Librería del Profesional. Bogotá, Colombia.
- Pinzón, D. (2009). La violencia de género y la violencia sexual en el conflicto armado colombiano: indagando sobre sus manifestaciones. En: Guerra y violencias en Colombia, herramientas e interpretaciones. Jorge A. Restrepo y Davis Aponte (editores). Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- Rincón, D. (2016). Criterios diferenciadores y de semejanza entre la violencia sexual y la violencia de género en el contexto del conflicto armado colombiano. Inciso 18 (1); 71-86.
- Roxin, C. (1997). Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Luzón Peña, Diego Manuel et al. (trad.). Civitas. Madrid, España.
- Ruiz, L. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. Estudios de Derecho, LXIV, 143, 182-206. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Medellín, Colombia.
- Sanz, J. (2014). Escuela positivista en el actual derecho penal colombiano. Inciso vol (16) p 180-188.
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. (1996). Cámara Primera de Juzgamiento. El Fiscal contra Mile Msksic, Miroslav Radic y Veselin Sljivancanin, Caso IT-95-13-R61. 3 de abril de 1996.
- _____ (2001). Cámara de Juzgamiento. El Fiscal contra Kordic y Cerkez, Caso IT-95-14/2. 26 de febrero de 2001.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (1998). Cámara Primera de Juzgamiento. El Fiscal contra Jean Paul

Akayesu, Caso ICTR-96-4-T, juicio de 2 de septiembre de 1998.

Sampedro, J. (2008). *Los Derechos Humanos de las víctimas: apuntes para la reformulación del sistema penal*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

_____ (2010). *Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Servín, A. La evolución del crimen de lesa humanidad en el Derecho Penal Internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XLVII, no. 139, 209-249. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ciudad de México, México.

Solé Riera, J. (1997). *La tutela de la víctima en el proceso penal*. José María Bosch Editores. Barcelona, España.

Tarigo, E. (1998). *Lecciones de Derecho procesal civil*. Tomo II. Segunda Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay.

Velásquez, F. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Tercera edición. Temis. Bogotá, Colombia.

_____ (2010). *Los aparatos criminales organizados de poder*. Cuadernos de Derecho Penal No. 4, 2010. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia.

Wilches, I. (2010). Lo que hemos aprendido sobre la atención a mujeres víctimas de violencia sexual en el conflicto armado colombiano. *Revista de Estudios Sociales*, 36, 86-94. Bogotá, Colombia.